

# Responsabilidade civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro

(ESTUDOS EM HOMENAGEM AO BICENTENÁRIO DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS)

Rui Stoco \*

## SUMÁRIO:

1. O NASCIMENTO DO CÓDIGO CIVIL EM FRANÇA
2. A HISTÓRIA DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO
3. INFLUÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS NO DIREITO BRASILEIRO
4. ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O CÓDIGO CIVIL FRANCÊS E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: REFLEXÕES CRÍTICAS
  - 4.1 – A responsabilidade civil no Código Civil Francês
  - 4.2 – O Direito Comparado e o distanciamento do novo Código Civil Brasileiro dos sistemas do Código Napoleão
5. OS DELITOS E QUASE-DELITOS, A “FALTA” DO ART. 1.382 DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS E A EQUIVOCADA CONCEITUAÇÃO DE ATO ILÍCITO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO
  - 5.1 – A conceituação do ato ilícito no revogado Código Civil de 1916
  - 5.2 – A conceituação do ato ilícito no Código Civil de 2002: novo equívoco
6. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INCAPAZES
  - 6.1 – A responsabilização dos inimputáveis (menores e amentais)
  - 6.2 – Responsabilidade subsidiária ou secundária e mitigada do incapaz (art. 928, *caput* e

**parágrafo único do Código Civil Brasileiro)**

**6.3 – Causa excludente do dever de indenizar do incapaz (art. 928, parágrafo único, do**

**Código Civil Brasileiro)**

**6.4 – Responsabilidade do incapaz “versus” responsabilidade do seu responsável**

6.5 – A contradição entre o *caput* do art. 928 e o parágrafo único do art. 942 do Código

Civil Brasileiro

6.6 – Menor ou incapaz condutor de veículo

## **7. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS**

**7.1 – A responsabilidade direta ou por ato próprio e sua insuficiência**

**7.2 – A responsabilidade indireta ou por fato de outrem; a responsabilidade objetiva dos**

**pais e a questão da necessidade de verificação de culpa do menor autor do ato**

**danoso**

**7.3 – A responsabilidade presumida dos pais por atos dos filhos menores**

**7.4 – A responsabilidade de outras pessoas (adotante, guardião, empregador, escola)**

**7.5 – A responsabilidade dos tutores e curadores**

## **8. DIREITOS DA PERSONALIDADE**

**9. O PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO VALOR DO DANO E A CLÁUSULA DE**

**EXCEÇÃO (CCB, ART. 944)**

## **10. DANO MORAL**

**10.1 – Cumulação de indenizações: o sistema restritivo do Código Civil Brasileiro**

**10.2 – Prova do dano moral**

**11. PENSÃO MENSAL CONVERTIDA EM PARCELA ÚNICA (CCB, ART. 950, PAR. ÚNICO)**

## 1. O NASCIMENTO DO CÓDIGO CIVIL EM FRANÇA

Em momento coevo despede-se de nós o vetusto arcabouço civil de 1916 e entra em vigor no Brasil um novo Código Civil, enquanto o Código Civil Francês comemora o seu bicentenário.

Se o Código Civil Brasileiro de 1916 perdurou por oitenta e seis anos, até ser integralmente substituído por outro instrumento codificado, o Código Napoleão, promulgado em 21 de março de 1804, alcançou neste ano de 2004 duzentos anos de vigência ininterrupta.

Este paradigma que orientou e influenciou a legislação codificada de inúmeros países ao longo de dois séculos – com força de irradiação nos demais países europeus, nas Américas, na África e na Ásia – foi o primeiro código moderno da Europa e marco decisivo na evolução do direito privado. Com ele nasceu a febre de codificação que varreu a Europa, no século XIX, espalhando-se pelas Américas, convertendo-se o Código Napoleão como uma espécie de “Código-modelo”, mas muito mais do que isso, uma permanente inspiração.<sup>1</sup>

Quase todos os países latino-americanos tomaram-no por modelo, como se verifica nos Códigos da Argentina, Paraguai, México, Peru, Venezuela, Bolívia e Chile.

Portador das idéias do Século das Luzes e da Revolução Francesa, hauridas no trinômio “liberdade, igualdade e fraternidade”, até hoje revela surpreendente modernidade e adaptabilidade, permitindo acompanhar a transformação da sociedade francesa que, em dois séculos, passou de uma organização patriarcal à afirmação da igualdade entre homens e mulheres.

O Código Civil Francês, posto a lume em 1804, foi rebatizado “Código Napoleão”, a partir de 1807, voltando a ser conhecido apenas como “Código Civil” após o

---

<sup>1</sup>. SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA. Conferência proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 4 de junho de 2004, sob o título *A influência do Código Civil Francês no Direito Brasileiro*, por ocasião das festividades de comemoração do bicentenário do Código Civil Francês. In: **Revista da Emerj – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 7, n. 26, p. 36-51, 2004.

Congresso de Viena em 1815. Mas, como lembrou SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA, ilustre magistrado e notável jurista, em todo o mundo, especialmente no Novo Mundo, os juristas se mantinham fiéis ao título personalista, até que, por um Decreto de 1852, se restabeleceu, por questão de elementar justiça, o nome oficial de Código Napoleão, em unânime homenagem ao seu idealizador e artífice.<sup>2</sup>

Está em vigor desde o Império até a Quinta República atual, servindo, como visto, de referência para inúmeros legisladores de outros países ao longo dos séculos XIX e XX.

Esse estatuto permaneceu quase inalterado durante mais de um século, exceto a abolição do divórcio com a Lei de 8 de maio de 1816.

Posteriormente, sucederam-se reformas legislativas: a mais significativa foi realizada pelo Decano CARBONNIER, de 1964 a 1975.

Com a Lei de 17 de julho de 1970 introduziu-se o direito ao respeito pela vida privada e em 1993 os princípios do direito da nacionalidade (Lei de 22.07.93). Em 29 de julho de 1994, com as leis bioéticas, vieram as disposições relativas ao corpo humano, bem como o Pacto Civil de Solidariedade em 2000 e, finalmente, neste mesmo ano, a adoção da assinatura eletrônica e sua inclusão no campo da prova.

Dos seus atuais 2302 artigos, 1200 continuam em vigor com sua redação original.<sup>3</sup>

O mais curioso é que, embora a França tenha posto em vigor mais de dez constituições ao longo dos dois últimos séculos (sendo a Constituição de 4 de outubro de 1958, regente do funcionamento das instituições da Quinta República, a última delas), sempre conservou o Código Civil de 1804, convertido agora em verdadeiro monumento da cultura jurídica e política do povo francês e gozando de grande prestígio internacional por tudo que representa.

Como lembrou J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ: “sua sobrevivência histórica é um convite par refletir sobre sua dimensão simbólica, sobre sua influência como modelo jurídico e sobre os valores fundamentais da civilização que encarna, pois o Código Civil sempre foi instrumento de afirmação de direitos e de valores aos quais numerosos países reconheceram caráter universal”.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup>. SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA. Artigo citado.

<sup>3</sup>. ROBERTO BADINTER. *Le plus grand bien*. Paris: Fayard, 2004, p. 13.

<sup>4</sup>. J. MIGUEL LOBATO GÓMEZ. *O Código Bicentenário*. *Revista da Emerj*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 19-23, 2004.

## 2. A HISTÓRIA DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

O Código Civil Francês, inspirado por NAPOLEÃO BONAPARTE, foi redigido por TRONCHET, Presidente da *Cour de Cassation*, antigo e respeitado processualista, PORTALIS, membro do Tribunal de Presas, advogado e grande jurista, BIGOT DE PRÉAMENEU, Comissário do Governo junto ao *Tribunal de Cassation* e MALEVILLE, Juiz da *Cour de Cassation*, no espantoso prazo de três meses, sendo que das cento e sete sessões da Comissão de Legislação do Conselho de Estado, encarregada de elaborar o Projeto, Napoleão presidiu cinquenta e cinco, participando ativamente das discussões.<sup>5</sup>

O texto, conhecido sob o nome de “Projeto do Ano VIII”, foi submetido ao trabalho do Conselho de Estado, sob o controle de CAMBACERES, segundo Cônsul.<sup>6</sup>

Foi concebido como um conjunto de leis que regulamentam as relações entre os cidadãos. É o Código das gentes, desenvolvido em torno do indivíduo. Apoiou-se, portanto, em três pilares fundamentais: a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil.

Esse feixe de normas circunscreve o indivíduo, do seu nascimento à sua morte, através do sistema do registro civil laico. Nele o casamento civil foi reconhecido, pela primeira vez, de maneira exclusiva. Ao pai de família foi entregue um papel preponderante, com a finalidade de garantir a ordem no seio da família e o divórcio é mantido, mas sob uma forma muito mais restritiva do que aquela concebida pela Revolução, vindo a ser abolido no período de 1816 a 1884. A propriedade foi transformada pela Declaração dos Direitos Humanos de 1789 num direito inviolável e sagrado e é apresentada por PORTALIS como “a alma universal da legislação”.

No Discurso Preliminar sobre o Projeto enfatizou-se que “o legislador não deve perder de vista que as leis são elaboradas para os homens, e não os homens para as leis e que estas devem ser adaptadas ao caráter, aos hábitos, à situação do povo, para o qual elas se destinam”.

---

<sup>5</sup> ROBERTO BADINTER. Ob. cit., p. 57.

<sup>6</sup> CHRISTINE DA LUZ. *Como o Código Civil Francês se adaptou ao longo do tempo*. *Revista da Emerj – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 7, n. 26, p. 24-35, 2004.

Lembre-se, apenas para efeito histórico, que a redescoberta do direito romano foi empreendida por três escolas: a) na idade média, pelos glosadores do *Corpus Juris Civilis*; b) na idade moderna, pelos iluministas franceses; c) na idade contemporânea, pelos pandectistas alemães.

As elaborações de tais escolas refletiram-se na produção jurídica: à primeira escola, devem-se as diversas ordenações do reino; o legado da segunda é o Código Civil Francês ou Código Napoleão de 1804; e o resultado dos estudos da terceira é o Código Civil Alemão de 1896, no original *Bürgerliches Gesetzbuch* ou simplesmente **BGB**.

Os Códigos Civis modernos limitam-se à matéria civil, distribuída por livros segundo um sistema lógico aperfeiçoado.

O Código Civil Brasileiro, em vigor a partir de janeiro de 2003, com 2046 artigos e que manteve a estrutura orgânica do revogado Código Civil de 1916, é dividido em duas partes:

**Parte Geral**, com três Livros: Livro I – Das Pessoas; Livro II – Dos Bens; e Livro III – Dos fatos Jurídicos, e

**Parte Especial**, com cinco livros: Livro I – Do Direito das Obrigações; Livro II – Do Direito de Empresa; Livro III – Do Direito das Coisas; Livro IV – Do Direito de Família, e Livro V – Do Direito das Sucessões.

O Código Napoleão contém três livros desiguais: I – Das pessoas (arts. 1º a 515); II – Dos bens e das diversas modificações da propriedade (arts. 516 a 710); III – Das diferentes formas por que se adquire a propriedade (arts. 711 a 2281).

O **BGB** possui cinco livros: I – Parte Geral; II – Obrigações e Contratos; III – Coisas; IV – Família; V – Sucessões.

Estes dois últimos serviram de modelos aos códigos civis das demais nações adeptas do Direito Continental Europeu. Continuaram em vigor, não cogitando a França e a Alemanha de substituí-los. É que não existe no panorama mundial movimento jurídico renovador de envergadura, que possibilitasse o surgimento de algo novo, que viesse a ofuscá-los.

Aliás, segundo parece, nem mesmo a Criação da União Européia, com sua dimensão reformadora e unificadora, e sua fantástica evolução no plano econômico e político em curto espaço de tempo – inclusive com a aprovação de uma Carta

Constitucional única – será fator de persuasão com força suficiente para lograr a substituição do Código Civil Francês por um Código Civil Europeu e, portanto transnacional, na consideração de que o desenvolvimento do Direito Civil traduz sinônimo de revolução cultural nas relações privadas e, sobretudo evolução do direito de família, sistemas que encontram as suas raízes na cultura de cada nação.

Ademais a união ou o concerto de nações politicamente organizadas em determinado bloco de um dos hemisférios não significa a unificação integral em todos os setores e aspectos, posto que essa junção não pode retirar de cada povo as suas particularidades, os seus símbolos, os seus costumes e os traços característicos e identificadores, seja no plano social, político ou jurídico.

Seria utopia pensar em uma “Europa Federal”.

O exemplo dos Estados Unidos da América é eloqüente e revelador: os Estados federados conservam competência na área do Direito Civil e o Estado federal possui apenas competência de atribuição, o mesmo ocorrendo no Reino Unido, onde convivem sistemas jurídicos diferentes na Inglaterra e no País de Gales, por um lado, e na Escócia, por outro lado.

Portanto, até hoje a pergunta feita por Napoleão Bonaparte, quando recolhido em Santa Helena, não encontrou resposta: “Porque o meu Código Civil não teria servido de base a um código europeu?”.

Anote-se que os Códigos Civis Italiano (1865) e Português (1867), baseados no modelo francês, foram substituídos por outros, em 1942 e 1966, respectivamente, a partir de então inspirados no modelo germânico.

### 3. INFLUÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS NO DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a partir do seu descobrimento, passaram a vigor as Ordenações do Reino de Portugal, mantidas mesmo após a Independência. Isto porque, quando em 1867 Portugal pôs a lume um Código Civil, inspirado no modelo francês, o Brasil já havia sido libertado do seu domínio, de modo que esse estatuto aqui não vigorou.

Portanto, como observou SYLVIO CAPANEMA na conferência já mencionada: “No período pré-codificado, em que entre nós vigoravam ainda as Ordenações Filipinas, e mesmo no magistral “Esboço” de Teixeira de Freitas, não se pode dizer que o direito brasileiro gravitava, como tantos outros, em torno do Código Napoleão. Muito ao contrário, Freitas criticava e se afastava da doutrina francesa, insurgindo-se contra a separação do Direito Comercial e o Direito Civil”.

Perduraram no nosso País as Ordenações do Reino até 1916 quando, então, nasceu o Código Civil, cujo anteprojeto foi elaborado pelo notável jurista cearense Clóvis Bevilacqua.

Neste estatuto predominou o pensamento de forte inspiração germânica de Tobias Barreto, jurista e filósofo sergipano, de que Clóvis Bevilacqua era discípulo.

Portanto, o modelo de Código Civil Brasileiro de 1916 foi o **BGB** (*Bürgerliches Gesetzbuch*), em vigor desde 1900, do qual Clóvis era profundo conhecedor. Fiel a esse paradigma, adotou a classificação germânica das matérias.

O mesmo ocorreu com a Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que se mostra fiel àquele modelo, também adotando a mesma classificação germânica das matérias e o sistema de normas com proposições ou tipos “abertos” (que permitem maior elastério interpretativo e tornam-se mais longevos), apenas com alteração da ordem e assim distribuída: **Parte Geral**, com três livros: “Das pessoas”, “Dos bens” e “Dos fatos jurídicos” e **Parte Especial**, abrangendo esta o Direito das Obrigações (unificando as obrigações civis e comerciais, como já o fizera o Código Civil italiano de 1942), Direito de Empresa (disciplinando as sociedades civis e comerciais), Direito das Coisas, Direito de Família e Direito das Sucessões.

Não obstante, esse jurista indica pontos de afinidade entre o Código Civil de 1916 com o Código Francês como, *ad exemplum*, no que se refere à aplicação temporal da norma, pois ficou preservada a regra consagrada no Código Napoleão segundo a qual a lei dispõe para o futuro, não podendo retroagir.

A estrutura básica dos atos jurídicos, resumida no art. 82 do CC/16, adota os mesmos pressupostos do art. 1108 do Código Napoleão, o mesmo ocorrendo com a especificação dos vícios do consentimento. O Art. 1109 faz menção ao erro, à coação e ao



dolo, atribuindo-lhes as mesmas conseqüências estabelecidas no nosso revogado Código Bevilacqua.

Com relação aos contratos, o princípio da autonomia da vontade e sua força obrigatória – como expressão do exacerbado individualismo e personalismo do Código Francês – influenciou e contaminou o nosso anterior Código Civil, princípio esse relativizado pelo atual Código de 2002, que restringe a liberdade de contratar aos limites da função social do contrato (CC/2002, art. 421).

Aliás, o CC/16 também adotou o regime da comunhão universal, como sendo o legal, tal como o francês, regime que vigorou até a vinda a lume da Lei do Divórcio.

O mestre CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA apontou inúmeras passagens do CC/16 que reproduzem, quase integralmente, dispositivos análogos do Código Napoleão.

Não se pode negar que no fundamental campo da responsabilidade civil o Código Francês de 1804 foi suporte e modelo para o nosso estatuto civil revogado, sendo certo que a regra moral e paradigmática do *neminem laedere*, segundo a qual a ninguém é permitido causar lesão a outrem, foi consagrada no seu art. 1382 ao dispor: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* (“Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano”).

A culpa como pressuposto da responsabilidade, acolhida no art. 159 do CC/16, teve por inspiração o art. 1383 do estatuto francês.

Mas o atual Código Civil de 2002 afastou-se, em inúmeras passagens e até mesmo filosoficamente, desse Código Napoleão que agora é ressaltado, reverenciado e prestigiado.

Em alguns aspectos esse afastamento e a adoção de novas teorias e outros princípios, embora ainda objeto de estudo e meditação, merece abordagem e as críticas que sejam fundadas, embora apenas com uma visão construtiva e com o objetivo de colaborar para o aprimoramento.

É o que se fará no prosseguimento deste estudo.

#### 4. ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O CÓDIGO CIVIL FRANCÊS E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: REFLEXÕES CRÍTICAS

#### 4.1. A responsabilidade civil no Código Civil Francês:

Como antes observado, o Código Napoleão contém três livros desiguais.

No Título IV, do Livro III, que trata das diferentes formas por que se adquire a propriedade, o Capítulo II, contendo apenas cinco artigos, trata da responsabilidade extracontratual ou delitual, com a epígrafe “*dos delitos e quase-delitos*”, distinção essa por nós abolida, passando a identificar a antijuridicidade e a reprovabilidade do comportamento nos “atos ilícitos”.

Portanto, a responsabilidade decorrente de delitos ou quase-delitos, ou seja, em razão da responsabilidade aquiliana, mereceu poucos artigos no Código Napoleão, mostrando-se, portanto, bastante restritivo nessa área do Direito, ao menos na visão de hoje, quando a Responsabilidade Civil alcançou autonomia, notável avanço e importância.

Mas, ainda, assim, não se pode negar a grande influência que esse estatuto exerceu sobre o direito brasileiro.

Como lembrou ARNOLDO WALD, “quanto aos fatores jurídicos e morais, o direito brasileiro pertence, como todos os da América do Sul, ao grupo do direito francês. Ele se prende à mesma tradição do direito romano e aos mesmos preceitos do cristianismo e da civilização ocidental, mas se apresenta com incontestável originalidade.”<sup>7</sup>

Mas cabe advertir que a influência do Código Francês no direito brasileiro decorreu menos do seu texto escrito do que do seu contexto principiológico e axiomático e da sua excelência epistemológica, descobertos pela notável doutrina francesa e vistos pelos olhos da jurisprudência, através de um rico trabalho de interpretação criativa e expansiva, de modo a adaptar e a fazer subsumir a lei às novas tendências e, principalmente, às necessidades decorrentes da revolução industrial e da evolução da sociedade no plano das relações humanas.

Realizou-se um trabalho que ORLANDO GOMES, citado por ARNOLDO WALD no artigo citado, como sendo verdadeiros “conceitos amortecedores” como, *ad*

---

<sup>7</sup> ARNOLDO WALD. *A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro*. Conferência proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro no dia 04.06.2004. In: **Revista da Emerj – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 7, n. 26, p. 100, 2004.

*exemplum*, a teoria do abuso do direito, relativizando os efeitos do direito de propriedade e do contrato.

Portanto, como se verifica, a insuficiência legislativa mostrou-se benéfica, na medida em que, através de um processo de superação, obrigou a doutrina e a jurisprudência a fazer um fantástico trabalho de criação.

O Capítulo II, do Título IV, do Livro III do Código Civil Francês está assim disposto:

O art. 1382 desse também chamado Código Napoleão trata da responsabilidade por ato próprio, com a seguinte redação:

Art. 1382. *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui um dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* (Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano).

O art. 1383 contém o princípio da responsabilidade aquiliana ou delitual, tendo a culpa como pressuposto, dispendo:

Art. 1383. *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.* (Cada um é responsável pelo dano que provocou não somente por sua culpa, mas ainda por sua negligencia ou por sua imprudência).

Assim, tal como no nosso ordenamento jurídico anterior (CC/16) e no atual (CC/2002), naquele estatuto a responsabilidade subjetiva também constitui a regra.

Mas tanto em França, como no Brasil, o Direito incorporou sucessivas teorias, como a da culpa *in eligendo* e *in vigilando*, nasceu a presunção de culpa e instituiu-se a responsabilidade objetiva como exceção.

O art. 1384 estabelece:

Art. 1384. *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui que est causé par le fait des personnes don't on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.*

(L. 7 nov. 1922) *Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil.*

(L. n.° 70-459 du 4 juin 1970) *Le père et la mère, en tant qu'ils exercent (L. n. 2002-305 du 4 mars 2002, art. 8-V) "l'autorité parentale" [ancienne rédaction: "le droit de garde"] sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. – L'art. 8-V de la loi n.° 2002-305 du 4 mars 2002, modifiant le présent alinéa, est applicable dans les îles Wallis-et-Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie (art. 19 de la loi).*

*Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.*

(L. 5. avr. 1937) *La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable,*

*devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance.*

Art. 1384. Somos responsáveis não somente pelos danos provocados por nossa própria culpa, mas também por aqueles provocados pela culpa das pessoas pelas quais somos responsáveis ou pelas coisas que temos sob nossa guarda. Entretanto, aquele que possui, a um título qualquer, a totalidade ou parte do imóvel ou dos bens mobiliários, nos quais um incêndio começou, será responsável com relação a terceiros, pelos danos provocados por este incêndio somente se for comprovado que a culpa deve ser atribuída a ele ou às pessoas pelas quais é responsável. (*Lei de 7 de nov. de 1922*) Esta disposição somente se aplica às relações entre proprietários e locatários que vivem de acordo com os artigos 1733 e 1734 do código civil.

(*L. n° 70-459 de 4 de junho de 1970*). O pai e a mãe, se exercerem (*L. n° 2002-305 de 4 de março de 2002, art. 8-V*) o pátrio poder [*redação antiga: direito de guarda*] são solidariamente responsáveis pelos danos provocados por seus filhos menores que vivem com eles (Obs.: *O art. 8-V da lei n° 2002-305 de 4 de março de 2002, que modifica a presente alínea, é aplicável nas Ilhas Wallis-et-Futuna, na Polinésia Francesa e em Nova Caledônia (art. 19 da lei)*).

Os mestres e responsáveis pelo dano provocado por seu doméstico e prepostos nas funções para as quais foram contratados. Os professores e artesões, pelos danos provocados por seus alunos e aprendizes durante o tempo em que estão sob sua supervisão. A responsabilidade acima ocorre salvo se os pais e mães e os artesões comprovarem que não puderam impedir o fato que provocou esta responsabilidade. (*cf. Lei de 5 de abril de 1937*). Para os professores, a culpa, imprudência ou negligência invocadas contra eles como

tendo provocado o fato danoso deverão ser comprovados de acordo como o direito comum, pelo requerente na instância.

Cuida o preceito da responsabilidade por ato de terceiro e pelo fato da coisa.

Nele se contém a responsabilidade dos pais pelos filhos menores; do empregador por seus empregados e prepostos e dos professores pelos alunos. Nele, ao longo de duzentos anos, essa responsabilidade sempre foi e continua subjetiva, ao contrário da legislação brasileira que, no Código Civil Brasileiro de 1916, seguia o sistema francês e no vigente Código de 2002 abraçou a teoria da responsabilidade objetiva na responsabilidade pelo fato de outrem (art. 933).

O art. 1385 estabelece a responsabilidade pelo fato de animais, de natureza objetiva, dispensando a indagação de culpa, tal como disciplinada no art. 936 do Código Civil Brasileiro de 2002, com a seguinte redação:

Art. 1385. *Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.* (O proprietário de um animal ou aquele que o usa, enquanto estiver sendo usado, é responsável pelos danos que o animal possa provocar, quer enquanto o animal estiver sob sua guarda quer este estiver perdido ou tiver escapado).

Por fim, o art. 1386 do estatuto francês, ao dispor que "*Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction*" ("O proprietário de um imóvel é responsável pelos danos provocados por estragos, quando estes são conseqüentes de uma falta de manutenção ou de um vício de construção"), estabeleceu a responsabilidade do proprietário do imóvel pelos danos provocados por estragos, quando decorram da falta de manutenção ou de um vício de construção, quer dizer, a responsabilidade por ruína de edifício, também empenhando a verificação de culpa, na medida em que a falta de manutenção do imóvel demonstra omissão desidiosa, que se traduz em negligência.

Impende lembrar, que o art. 937 do Código Civil Brasileiro, ainda inspirado no Código Napoleão, também estabelece a responsabilidade subjetiva para hipóteses que tais, mas criou uma responsabilidade fundada na culpa presumida do dono do edifício ou construção.

Como se verifica, o Código Napoleão nasceu sem disciplinar questões fundamentais no plano da responsabilidade civil.

Não obstante, mercê de excepcional trabalho de interpretação da doutrina e dos tribunais, e da integração de outras normas, mostra-se atual e paradigma ainda nos dias de hoje.

#### **4.2. O Direito Comparado e o distanciamento do novo Código Civil Brasileiro dos sistemas do Código Napoleão:**

A ciência do Direito, com suas regras, princípios e dogmas, exige a interação e a comparação. O Direito Positivo, que se abebera desses princípios e dogmas, nasce da experiência e da aplicação de regras no mundo fenomênico, voltadas às relações humanas e, principalmente, da experiência de outros povos.

O direito comparado é fundamental para dotar o Estado-Nação de instrumentos legais adequados e duradouros.

Refere-se ao estudo que se faz do Direito, em quaisquer de suas manifestações, com o objetivo de comparar (cotejar, confrontar, aproximar) as instituições reguladas pelas legislações dos vários países entre si, para que se anotem as suas discrepâncias e se determinem as analogias encontradas, no sentido de aproximá-las ou reconciliá-las.<sup>8</sup>

Acerca do direito comparado observou com acuidade ARNOLDO WALD: “É, em certo sentido, a geografia do direito, que conjuntamente com a história, nos permite uma melhor compreensão do direito vigente e a criação de uma linguagem jurídica internacional cujo conhecimento se impõe cada vez mais num mundo em que as distâncias desapareceram”.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup>. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 79.

<sup>9</sup>. ARNOLDO WALD. Art. Cit. p. 94-114.

Como visto no intróito acima, feito à guisa de breve exórdio, o Brasil, embora não tenha se inspirado no Código Civil Francês para redigir o Código de 1916 – pois adotamos o modelo do Código Civil Alemão (*BGB – Bürgerliches Gesetzbuch*), de sorte que, fiel a esse paradigma, adotamos a classificação germânica das matérias – abeberou-se em inúmeros de seus dispositivos.

Portanto, a influência do Código Napoleão em institutos pontuais do nosso Direito Civil até o final do século passado foi evidente, sensível e enriquecedor, embora no campo da responsabilidade civil tenhamos abolido a distinção francesa entre “delitos” e “quase-delitos” para tratar de ambos como sendo os “atos ilícitos”.

Contudo, com o Código Civil de 2002 (Lei n.º 10.406, de 10.01.2002) apartamos ainda mais da sua benéfica influência, exceto em aspectos mínimos.

Mantivemos a influência do Código Civil Alemão, inclusive a sua estrutura orgânica e a classificação germânica das matérias, evidentemente com aprimoramentos e soluções mais consentâneas com a realidade social, abandonando o individualismo para priorizar a função e o sentido social da norma.

Mas, não obstante os avanços, o rigor técnico e a excelência estrutural, há dispositivos que, afastando-se da similaridade que antes mantinham com o Código Napoleão, merecem críticas e dos quais se guarda prudente reserva.

É certo que, no que se refere à responsabilidade civil, a própria doutrina francesa reconheceu que nem todas as disposições normativas do Código Napoleão são excelentes, conforme PLANIOL e RIPERT<sup>10</sup>. Mas, em alguns assentamentos expressos na lei civil em vigor nos afastamos até mesmo de dois séculos de uma interpretação mais consentânea daquele antigo paradigma e de uma jurisprudência construtiva e pacificadora.

Essa mesma impressão nos é passada por ARNOLDO WALD: “Se o Código Civil de 1916 tinha princípios e regras que não se afastavam muito dos constantes do Código Napoleão, ao contrário o Código de 2002 tem raízes distintas e diverge da versão original do diploma francês, mas adota as lições da doutrina e da jurisprudência francesas, assim como inovações introduzidas nas legislações de outros países, sem prejuízo de apresentar soluções próprias, considerando a realidade social e econômica do nosso país”.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup>. MARCEL PLANIOL E GEORGES RIPERT. *Traité élémentaire de Droit Civil*. 3. ed. Paris: LGDJ, t. 2, 1949, p. 235.

<sup>11</sup>. ARNOLDO WALD. Citado.



A tarefa a que nos propomos é ressaltar e analisar algumas dessas normas constantes do Título relativo à Responsabilidade Civil do CC/2002, que se desprenderam e se apartaram do sistema jurídico francês.

Evidentemente que o estudo dessas desarmonias normativas será feita apenas por amostragem, sem esgotar todas as hipóteses encontradas.

## 5. OS DELITOS E QUASE-DELITOS, A “FALTA” DO ART. 1.382 DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS E A EQUIVOCADA CONCEITUAÇÃO DE ATO ILÍCITO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

### 5.1. A conceituação do ato ilícito no revogado Código Civil de 1916:

O Código Civil Francês ainda mantém, como nomenclatura sistêmica-estrutural, o Capítulo II, contido no Título IV, Livro Terceiro, com a previsão dos “delitos e quase-delitos”, sendo certo que desde o Código anterior o Brasil aboliu essa distinção para tratar ambos como sendo os “atos ilícitos”.

O conceito de “falta” (*faute*) do art. 1382 do Código Napoleão – que até hoje permanece inalterado e com sua redação original – seja ela delitual ou quase-delitual, guarda similaridade com a nossa concepção de ato ilícito.

Contudo, há equívoco conceitual na definição do ato ilícito no art. 186 do nosso Código Civil de 2002, como também havia no Código de 1916.

O Código Civil de 1916 assim conceituava o ato ilícito:

“Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, **ou** causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Esse dispositivo encerrava um equívoco, pois a só violação do direito não pode ensejar reparação se não houver efetivamente um dano.

A disjuntiva **ou** estava malposta no texto, dando ensanchar a que dele se extraíssem duas conseqüências absolutamente equívocas. Primeiro, que bastaria um comportamento voluntário, por negligência ou imprudência, violador de direito, para que o

agente ficasse obrigado a reparar. Segundo, que bastaria a causação de prejuízo, ainda que não tivesse havido a violação de direito, para que surgisse o dever de reparar.

Com essa exegese, nenhuma das proposições estava correta.

Pode-se praticar um ato ilícito sem repercussão indenizatória, caso não se verifique, como consequência, a ocorrência de um dano.

A doutrina é unânime em afirmar, como não poderia deixar de ser, que não há responsabilidade sem prejuízo. O prejuízo causado pelo agente é o “dano”.

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito como de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou aquiliana.

Em nenhum caso, a responsabilidade das pessoas físicas ou jurídicas pode prescindir do resultado danoso. A ilegitimidade ou irregularidade da ação, sem dano algum a terceiros, não é suficiente para empenhar responsabilidade, mas, tão-só, quando for o caso, a invalidade do ato.<sup>12</sup>

Dizia SILVIO RODRIGUES: “Princípio geral de direito, informador de toda a teoria da responsabilidade, encontradiga no ordenamento jurídico de todos os povos civilizados e sem o qual a vida social é inconcebível, é aquele que impõe, a quem causa dano a outrem, o dever de o reparar”.<sup>13</sup>

Ao contrário do que ocorre no Direito Penal, que nem sempre exige um resultado danoso para estabelecer a punibilidade do agente, no âmbito civil é a extensão ou o *quantum* do dano que dá a dimensão da indenização.

Aliás, de forma até redundante o art. 944 do atual Código Civil (Lei 10.406/2002), preceitua que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Do que se infere que não havendo dano não há indenização, como ressuma óbvio, pois o dano é pressuposto da responsabilidade.

Havendo a violação da lei e decorrendo dessa conduta um dano, só então nascerá a obrigação de repará-lo.

É que o prejuízo causado por ato **lícito** só por exceção e expressa previsão legal enseja reparação.

---

<sup>12</sup>. GUIDO ZANOBINI. *Corso di diritto amministrativo*. 6. ed. 1950, v. 1, p. 269.

<sup>13</sup>. SILVIO RODRIGUES. *Responsabilidade civil*. 3. ed. 1979, p. 13.

Portanto, em vez da disjuntiva **ou** (querendo significar *ou um ou outro*), o preceito deveria ter a seguinte redação: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito **E** causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano*”.

Seja como for, convivemos com esse equívoco por oitenta e sete anos, ou seja, enquanto o Código Civil de 1916 vigorou.

## **5.2. A conceituação do ato ilícito no Código Civil de 2002: novo equívoco:**

Ocorre que o Código Civil de 2002, que manteve a culpa como fundamento da responsabilidade civil, reproduziu aquele preceito, com sua redação alterada, como se verifica:

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

Note-se que o legislador corrigiu o erro antes apontado e identificado no art. 159 do Código revogado.

Mas cometeu outro erro ainda mais grave.

É que a só violação do direito já caracteriza o ato ilícito, independentemente de ter ocorrido dano. Ou seja, o ato ilícito é aquele praticado com infração de um dever legal ou contratual.

Violar direito é cometer ato ilícito. A ilicitude está na só transgressão da norma.

Contudo, o dispositivo diz que só comete ato ilícito quem **viola direito e causa dano**.

O equívoco é manifesto, pois, como afirmado no item precedente, pode-se praticar um ato ilícito sem repercussão indenizatória, caso não se verifique, como consequência, a ocorrência de um dano.

Justa, embora ácida, a crítica feita por FLÁVIO CÉSAR DE TOLEDO PINHEIRO, Desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo, quando, com pertinência, observou:

“A leitura do art. 186 do novo Código Civil, que deverá entrar em vigor em janeiro de 2003, sugere uma nova definição de *ato ilícito*, que se afasta do racional, do natural e conduz ao absurdo de considerar *ato ilícito* somente a violação de direito que cause dano”. E acrescenta: “Jamais a doutrina brasileira condicionou a violação de direito à existência de dano ou prejuízo”.<sup>14</sup>

Pareceu-nos, contudo, tratar-se apenas de equívoco redacional, pois o art. 927, *caput*, que tem estreita e umbilical relação com o art. 186, constituindo consectário lógico deste, dispõe – para nós corretamente – que “*aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

É que, segundo a doutrina e jurisprudência pacíficas, não basta o ato ilícito. Dele deve decorrer um dano, seja de ordem material ou moral.

A questão da prova do dano posta-se *a latere* e não interfere na substância e origem conceitual do dever de reparar.

Portanto, sem o binômio **ato ilícito + dano** não nasce a obrigação de indenizar ou de compensar, embora o autor da conduta fique sujeito à desconstituição do ato ou à sua anulação.

Reclama RICARDO RODRIGUES GAMA que o art. 186 do novo Código deixou de prever a imperícia como uma das formas da culpa.<sup>15</sup>

Aliás, o art. 159 do Código revogado padecia da mesma omissão e jamais se cogitou de desconsiderar como conduta punível a atuação incompetente do agente cuja causa eficiente do dano seja a imperícia.

É que a imperícia, ao lado da negligência e da imprudência, é um dos atributos e características da culpa em sentido estrito.

No Código Penal, o legislador, mais cuidadoso, conceitua o crime (ilícito) culposo “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (art. 18, inciso II).

Note-se que o Código Civil de 2002, ao dispor sobre a responsabilidade dos profissionais da área médica, estabeleceu a obrigação de reparar nos casos de negligência,

---

<sup>14</sup>. FLÁVIO CÉSAR DE TOLEDO PINHEIRO. *Erro de impressão ou aberração jurídica? Caderno Especial Jurídico – Tribuna da Magistratura*, publicação da Associação Paulista de Magistrados, Ano XIV, n. 121, jul.-ago. 2002.

<sup>15</sup>. RICARDO RODRIGUES GAMA. *Novo Código Civil brasileiro: Uma desnecessidade*. Revista do Curso de Direito do Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal, v. 3, n. 3, p. 160, jan.-dez./2001.

imprudência e imperícia (cf. art. 951), deixando estreme de dúvida não ter abandonado a imperícia como um dos elementos integrantes do conceito de culpa.

Os pressupostos do ato ilícito, segundo FRANCISCO AMARAL, são os seguintes: “um dever violado (elemento objetivo) e a imputabilidade do agente (elemento subjetivo). Esta, por sua vez, desdobra-se em dois elementos: a) possibilidade para o agente, de conhecer o dever (discernimento); b) possibilidade de observá-lo (previsibilidade e evitabilidade do ato ilícito)”<sup>16</sup>.

## 6. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INCAPAZES

### 6.1. A responsabilização dos inimputáveis (menores e amentais):

**I** – O Código Civil de 1916 dispunha no art. 156 que “o menor, entre 16 e 21 anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado”, de sorte que apenas os semi-imputáveis equiparavam-se ao maior para responder por obrigações resultantes de atos ilícitos por eles causados.

Se, naquele regime anterior, o causador do dano fosse menor de 16 anos e, portanto, inimputável por convenção da lei, ou portador de *déficit* que o tornasse absolutamente incapaz, não podia ser responsabilizado, incidindo o antigo art. 1.521, inciso I, que responsabilizava os pais pelos atos dos filhos sob a sua guarda.

Portanto, apenas os maiores de dezesseis anos podiam ser responsabilizados, mas não os incapazes em geral (seja por deficiência ou por idade).

Herdamos essa disciplina do Código Civil Francês que dispõe:

Art. 1384. On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui que est causé par le fait des personnes don't on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

---

<sup>16</sup>. FRANCISCO AMARAL. *Os atos ilícitos. O novo Código Civil – Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. Coord. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003, p. 155.

*(L. n.º 70-459 du 4 juin 1970) “Le père et la mère, en tant qu’ils exercent (L. n. 2002-305 du 4 mars 2002, art. 8-V) “l’autorité parentale” (ancienne rédaction: “le droit de garde”) sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitante avec eux.” – L’art. 8-V de la loi n.º 2002-305 du 4 mars 2002, modifiant le présent alinéa, est applicable dans les îles Wallis-et-Futuna, em Polynésie française et em Nouvelle-Calédonie (art. 19 de la loi).*

(Art.1384. Somos responsáveis não somente pelos danos provocados por nossa própria culpa, mas também por aqueles provocados pela culpa das pessoas pelas quais somos responsáveis ou pelas coisas que temos sob nossa guarda.

O pai e a mãe, se exercerem o pátrio poder (*redação antiga: “direito de guarda”*) são solidariamente responsáveis pelos danos provocados por seus filhos menores que vivem com eles” (L. 70-459 de 4 de junho de 1970 e L. 2002-305 de 4 de março de 2002, art. 8-V).

Contudo, o Código Civil de 2002 não só reduziu a maioria de vinte e um para dezoito anos, como estabeleceu disciplina diversa, assim dispendo:

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

I - os menores de dezesseis anos;

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

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

Art. 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.

Como se verifica, o estatuto civil em vigor afastou-se do regime adotado pelo Código Civil Brasileiro de 1916 e rompeu com a disciplina do Código Civil Francês.

Mas, não obstante se respeite a forte doutrina que prefere responsabilizar o incapaz, seja ele relativa ou absolutamente incapaz e até mesmo despido de vontade ou de expressá-la, sob o fundamento de resguardar a vítima, assegurando-lhe, supostamente, maior garantia de ver-se ressarcida, não concordamos com a alteração legislativa, embora todos devamos respeitar e legislação em vigor.

Em razão dessa discordância, cabem as considerações que seguem.

**II** – A responsabilidade, seja penal ou civil, sustenta-se e é informada por princípios, como, aliás, toda ciência.

No campo civil, para que surja a responsabilidade, exige-se o implemento de pressupostos e a conjugação de condições, sem o que a ofensa ficará impune e o dano irressarcido.

Portanto, para que nasça a obrigação de reparar, o art. 927 do Código Civil exige a ocorrência de um ato ilícito e que dessa conduta decorra um dano.

O ato ilícito, segundo a noção clássica adotada por nossa lei civil codificada (art. 186), tem como elementos fundamentais uma conduta (ação ou omissão voluntária), a antijuridicidade, ou seja, a prática de um ato desconforme com o ordenamento jurídico, com violação de um direito reconhecido, e a culpabilidade, informada pelo dolo ou culpa em sentido estrito, esta subdividindo-se em negligência, imprudência e imperícia.

Ou seja, na etiologia da responsabilidade civil e segundo o conceito de ato ilícito acolhido pelo legislador, devem estar presentes os seguintes elementos, ditos essenciais na doutrina subjetivista: a) uma ação ou omissão voluntária, com ofensa a uma norma

preexistente ou erro de conduta; b) a culpabilidade do agente; c) um dano; e d) o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Mas a culpabilidade tem um pressuposto fundamental, que é a **imputabilidade**.

A imputabilidade antecede à responsabilidade. Por ela é que se chega à conclusão da responsabilidade e se admite a imposição de sanção penal ou civil.

Como ensinava HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, a imputabilidade “é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se segundo esse entendimento”.<sup>17</sup>

Lembrou FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO: “Enquanto a imputabilidade é, tecnicamente, a capacidade de culpabilidade, já a responsabilidade constitui um princípio segundo o qual toda pessoa imputável (dotada de capacidade de culpabilidade) deve responder pelos seus atos”.<sup>18</sup>

Lembrou CARLOS ROBERTO GONÇALVES: “Pressupõe o art. 186 do Código Civil o elemento imputabilidade, ou seja, a existência, no agente, de livre determinação de vontade. Para que alguém pratique um ato ilícito e seja obrigado a reparar o dano causado, é necessário que tenha capacidade de discernimento. Em outras palavras, aquele que não pode querer e entender, não incorre em culpa e, *ipso facto*, não pratica ato ilícito”.<sup>19</sup>

RENÉ SAVATIER dizia: “quem diz culpa diz imputabilidade”, acrescentando: “Um dano previsível e evitável para uma pessoa pode não ser para outra, sendo iníquo considerar de maneira idêntica a culpabilidade do menino e a do adulto, do ignorante e do homem instruído, do leigo e do especialista, do homem são e do enfermo, da pessoa normal e da privada da razão”.<sup>20</sup>

Mais recentemente, já à luz do atual Código Civil de 2002, FRANCISCO AMARAL reiterou: “Não é responsável quem, no momento do fato, não tiver capacidade de entender ou de querer, como os absolutamente incapazes, salvo se o agente se tiver colocado, culposamente, nesse estado, que deve ser transitório”.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup>. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. *Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 203.

<sup>18</sup>. FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO. *Princípios básicos de Direito Penal*. 2. ed. 1986, p. 301-302.

<sup>19</sup>. CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

<sup>20</sup>. RENÉ SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Paris: R. Pichon e R. Durand-Auzias, 1939 (Préface de Georges Ripert), p. 246, n. 195.

<sup>21</sup>. FRANCISCO AMARAL. *Os atos ilícitos. O novo Código Civil – Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. Coord. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003, p. 154.



Além do mais, o Código Civil, posto a lume em 2002 e em vigor a partir de 10.01.2003, considera absolutamente incapazes e, portanto, inimputáveis para os atos da vida civil, as seguintes pessoas: I – os menores de 16 (dezesesseis) anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade” (art. 3º).

Não obstante essa dicção do art. 3º, bem como a exigência de que só assume a obrigação de reparar o dano a pessoa que tenha discernimento e consciência do caráter ilícito do seu comportamento, e capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento, de modo a fazer juízo de reprovabilidade de sua ação culposa, o legislador, ainda assim, estabeleceu que os incapazes – sejam eles relativa ou absolutamente incapazes, ou seja, semi-imputáveis ou inimputáveis – são responsáveis pelos danos que causar.

É o que dispõe o art. 928 do Código Civil, ao preceituar que: “O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”.

Não importa que se tenha criado a responsabilidade subsidiária e mitigada dos incapazes ao incluir no parágrafo único do art. 928 a ressalva no sentido de que a indenização será equitativa e “não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam”.

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

É bom recordar que no regime do revogado Código Civil de 1916 e segundo a dicção do art. 156, apenas o menor entre 16 e 21 anos (semi-imputável) equiparava-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos a que deu causa. Se menor impúbere, com menos de 16 anos e, portanto, inimputável, incidia o antigo art. 1.521, inc. I, que responsabilizava os pais pelos atos dos filhos sob a sua guarda.

Mas não há como acolher silenciosamente essa modificação sem se decepcionar e indignar, posto que se traduz em retrocesso no campo de proteção que os menores inimputáveis, os enfermos e os deficientes mentais receberam ao longo do tempo e que se impõe preservar.

Não nos sensibilizamos com a corrente que se preocupou com o fato da não-reparação dos danos causados à vítima por ato de “amental”, em razão de sua inimputabilidade, pois se no Código anterior esse perigo não rondava, mesmo com a previsão de que apenas os pais respondiam pelos atos de seus filhos absolutamente incapazes, no Código atual a só responsabilização desses incapazes não assegura, nem dá certeza de satisfação do dano, pois o mecanismo estabelecido mostra-se falho, podendo tornar a vítima irressarcida, bastando que nem o incapaz, nem o seu responsável tenham condições financeiras para indenizar, segundo o sistema de eliminação estabelecido no art. 928, como se verá adiante.

Não desconhecemos, como também dá notícia MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO, que inúmeros autores, sob vários fundamentos, proclamaram a responsabilidade dos absolutamente incapazes, guiados por critérios de equidade, de ordem social, de segurança da vítima ou de equilíbrio social.<sup>22</sup>

SILVIO RODRIGUES informa que inúmeros doutrinadores entenderam que, em casos excepcionais e *de lege ferenda*, devia o juiz, por equidade, determinar que o patrimônio do amental respondesse pelo dano por ele causado a terceiro.<sup>23</sup>

Não obstante, reafirmamos nossa reprovação, pois o sistema da responsabilidade objetiva ou sem culpa significa apenas que a lei elege ou escolhe um responsável pela reparação, ou seja, terceira pessoa que não seja o autor do fato material. Mas não se pode imputar ao próprio autor do fato responsabilidade objetiva se esta pessoa não tem discernimento, não sabe o que está fazendo, não entende o caráter ilícito do fato, nem consegue determinar-se de acordo com esse entendimento.

Lembre-se que a Constituição Federal afirma penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos (art. 228), livrando-os das sanções penais, sujeitando-os apenas à legislação especial, expressa no Estatuto da Criança e do Adolescente, de caráter eminentemente protetivo.

O Código Penal dispõe ser “isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão,

---

<sup>22</sup>. MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO. *Indenização por equidade no novo Código Civil*, São Paulo, Ed. Atlas, 2003, p. 59.

<sup>23</sup>. SILVIO RODRIGUES. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, v. 4, p. 27.

inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

É certo que um segmento da doutrina mais conservadora, representada por CLÓVIS BEVILÁQUA, PONTES DE MIRANDA E SPENCER VAMPRÉ, entendia que o incapaz devia ser responsabilizado, porque o antigo art. 159 do Código revogado não fazia qualquer distinção.

Mas RENÉ SAVATIER obtemperou que o ato ilícito praticado pelo inimputável acarreta ou a responsabilidade substitutiva (vigente no nosso sistema anterior), ou a responsabilidade coexistente de outra pessoa, aquela a quem incumbia a sua guarda.<sup>24</sup>

Lembrou CARLOS ROBERTO GONÇALVES que a concepção clássica considera que, sendo o amental (o louco ou demente, como, de resto, os incapazes em geral) um inimputável, não é ele responsável civilmente. Se vier a causar dano a alguém, o ato se equipara à força maior ou ao caso fortuito. Se a responsabilidade não puder ser atribuída ao encarregado da guarda, a vítima ficará irressarcida.<sup>25</sup>

Àquela doutrina conservadora e mais rigorosa respondeu, com vantagem, ALVINO LIMA: “Como defender, dentro do sistema da culpa, a responsabilidade do louco, quando ele não tem vontade consciente, quando é apenas um autômato, quando apenas responde pelo dano causado para estabelecer o equilíbrio de um patrimônio lesado?”.<sup>26</sup>

Convergiu para esse entendimento OROZIMBO NONATO, afirmando que, “ao amental, falta-lhe a imputabilidade e sem esta inexistente culpa”.<sup>27</sup>

Para POTHIER, os que não têm capacidade de raciocínio não são suscetíveis de imprudências e de negligências.<sup>28</sup>

Portanto, a indignação é contra o aviltamento dos princípios que informam o Direito, e a atitude de ouvidos moucos à prudente advertência de um segmento da doutrina.

Responsabilizar os menores de dezesseis anos, os enfermos, os deficientes mentais, os que não têm discernimento, e os que não podem exprimir sua vontade, tal como

---

<sup>24</sup>. RENÉ SAVATIER. Ob. cit., p. 249, n. 200.

<sup>25</sup>. CARLOS ROBERTO GONÇALVES. Ob. cit., p. 12.

<sup>26</sup>. ALVINO LIMA. *Culpa e Risco*. 2. ed. revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 192.

<sup>27</sup>. OROZIMBO NONATO. *Reparação do dano por pessoa privada de discernimento*. RF, v. 83, p. 371.

<sup>28</sup>. POTHIER. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas*. Rio-Paris: Ed. H. Garnier, t. 1, p. 78, n. 118.

enumera o art. 3º do Código Civil, é não só causar uma incoerência intrínseca, ou seja, estabelecer confronto entre esta regra do art. 3º com aquela do art. 928, que os responsabiliza, como, também, instituir a quebra da harmonia que um estatuto deve preservar.

Mais ainda, esta última norma aparta-se do bom direito e da boa doutrina e revela incoerência do legislador, que não poderia olvidar que a pessoa que não pode orientar-se, nem ter noção do que é conforme ou contrário ao Direito, nem determinar-se ou expressar validamente a sua vontade e querer, *ipso facto*, não pode ficar sujeita às sanções de qualquer natureza, seja com supedâneo na lei penal ou com suporte no Código Civil, máxime considerando que os arts. 928 e 932 do Estatuto Civil já haviam eleito, embora com falha gritante, um responsável principal pelos atos dos incapazes.

Lamenta-se, pois, a posição assumida no novo Estatuto, não obstante recebida com aplausos por alguns.

## **6.2. Responsabilidade subsidiária ou secundária e mitigada do incapaz (art. 928, *caput* e parágrafo único do Código Civil Brasileiro):**

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

Perceba-se que o preceito equiparou, para efeito de responsabilização, os semi-imputáveis aos inimputáveis, como, também, não fez distinção entre menores púberes e impúberes, de modo que os amentais e os menores com qualquer idade abaixo de dezesseis anos são considerados “incapazes” para efeito de responsabilização civil.

O legislador preferiu utilizar-se da expressão abrangente “incapazes”, posto que gênero de que os menores púberes e impúberes; os enfermos, os deficientes mentais, os que não puderem exprimir sua vontade, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os excepcionais e os pródigos constituem espécies.

Salta aos olhos que se estabeleceu a responsabilidade subsidiária ou secundária dos incapazes, pois eles só responderão pelos danos que causarem se os seus responsáveis (pais, tutor e curador) não tiverem obrigação de fazê-lo, seja porque o incapaz foi

emancipado, contraiu matrimônio, não esteja sob o poder familiar, ou qualquer outro motivo escorado na lei, ou, ainda, não disponham de meios suficientes para cumprir a obrigação.

Segundo escólio de CARLOS ROBERTO GONÇALVES, criou-se “o princípio da responsabilidade mitigada e subsidiária”.<sup>29</sup>

Mais do que isso, firmou-se o princípio da responsabilidade condicionada dos incapazes.

Portanto, a regra escolhida pelo legislador está inscrita no art. 932, que estabelece, preferencialmente, a responsabilidade objetiva dos pais pelos atos dos filhos menores sob sua guarda ou, como diz o preceito, sob sua autoridade e em sua companhia (inciso I), e do tutor e do curador pelos atos dos pupilos e curatelados (inciso II), nas mesmas condições do inciso I.

Mas, raciocinando a *contrario sensu*, tem-se que não basta que os responsáveis imediatos (pais, tutor e curador) não disponham de meios para eximir-se da obrigação. É fundamental que o incapaz **disponha** desses meios e que eles não lhe façam falta, ou não privem do necessário tanto o incapaz quanto seus dependentes.

Evidentemente, não precisa o incapaz ser “abastado”, como se posicionou CARLOS ROBERTO GONÇALVES na última edição de sua obra<sup>30</sup>, posto que a abastança pressupõe sobras além do necessário.

Isto porque o parágrafo único do art. 928 deixa claro que a indenização não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam.

Significa que esse devedor secundário (ou seja, o incapaz) dificilmente será responsabilizado, posto que, além de livrar-se nas hipóteses em que o responsável principal assume essa obrigação e reúne possibilidade material, previstas na parte final do art. 928, só responderá se estiver em condições financeiras para tanto.

Do que se infere que à sua responsabilização se antepõem dois impedimentos, que devem ser vencidos.

---

<sup>29</sup>. CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15.

<sup>30</sup>. CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Ob. cit.*, p. 15.

O dispositivo legal em estudo apresenta outra questão importante, pertinente à previsão do parágrafo único do art. 928, quando estabelece que a indenização “deverá ser eqüitativa”, impondo-se identificar a *mens legis* e o verdadeiro significado dessa expressão.

Eqüitativo é aquilo que é igual, reto e justo, de modo que, segundo o texto, o julgador poderia fixar um valor que entender equânime, ainda que não indenize por completo.

Tal previsão traduz-se como exceção ao princípio da *restitutiu in integrum* consagrado pela doutrina, pelos tribunais e acolhido no *caput* do art. 944 do novo Código Civil, quando preceitua que a indenização mede-se pela extensão do dano.

A eqüidade deveria ter lugar, segundo nos parece, apenas quando se tratar de dano moral, que nada restitui (salvo a auto-estima), não tem dimensão matemática, nem caráter indenizatório, senão e apenas compensatório.

É que essa mitigação só se justifica quando a aplicação da lei resulte em excessivo rigor que derive ou tangencie para o injusto. Ora, a regra estabelecida no art. 944 do Código Civil, como não poderia deixar de ser, é de que a indenização deve corresponder ao dano suportado pela vítima.

Indenizar é retornar ao *statu quo ante*, ou seja, atender ao princípio da *restitutiu in integrum*. Recompõe-se aquilo que se perdeu ou se deixou de ganhar.

Aliás, é o que dispõe expressamente o art. 402 do mesmo Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Menos do que isso significa o desequilíbrio e o enriquecimento sem causa por parte daquele que indenizou a menor.

Seja como for, cabe ponderar que, embora a solução dada não seja digna de ênfases, nem receba nossa aquiescência, se as chamadas “cláusulas de não indenizar” são repudiadas e não permitidas, a limitação e até mesmo a tarifação da reparação encontram precedentes em várias leis em vigor, como, *ad exemplum*, na legislação que disciplina o transporte aéreo interno e internacional, na Lei de Imprensa e outros estatutos.

E não se pode olvidar que o atual Código Civil restou por admitir a possibilidade de estabelecimento de cláusula legal (mas não convencional) de não indenizar, pois livra o incapaz desse encargo se o pagamento da dívida privá-lo do necessário.

Melhor seria que o legislador respeitasse e fosse coerente com os princípios que informam nosso Direito e afastasse a responsabilidade dos inimputáveis, posto que desprovidos de querer ou de determinar-se, como deixamos assentado na introdução ao estudo desta questão.

Nas “Jornadas de Direito Civil”, realizadas em Brasília, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob os auspícios do Superior Tribunal de Justiça, uma das Comissões constituídas procurou dar uma resposta a essa questão com o seguinte enunciado:

“A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização eqüitativa informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Em conseqüência, há de ser interpretado extensivamente, servindo de parâmetro normativo para o sistema de responsabilidade civil. Como conseqüência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzimos este ao montante necessário à manutenção de sua dignidade”.

Evidentemente, não há como aceitar esse enunciado nem emprestar-lhe apoio. Nada justifica que a vítima, além de ofendida, não receba de volta o prejuízo que o ofensor lhe causou. A interpretação extensiva do direito de reparar apenas parcialmente o dano causado foi facultada ao juiz em favor apenas e tão-somente do incapaz, como resulta de texto expreso contido no parágrafo único do art. 928 do Código Civil.

### **6.3. Causa excludente do dever de indenizar do incapaz (art. 928, parágrafo único do Código Civil Brasileiro):**

Outra questão que nos propomos a analisar pertine à isenção concedida ao incapaz, se o valor da reparação privar tanto ele quanto as pessoas que dele dependam do necessário à subsistência.

Fica difícil entender que alguma pessoa possa depender economicamente de um incapaz, ainda que apenas para certos atos, ou à maneira de os exercer, como sói acontecer com os semi-imputáveis, salvo em raríssimas hipóteses, pois, segundo o *id quod plerunque accidit*, são os incapazes – menores púberes (de 16 a 18 anos), menores impúberes (abaixo

de 16 anos), enfermos, deficientes mentais, ébrios habituais, viciados em drogas, excepcionais e pródigos – que dependem daqueles que os representam.

Contudo, poderá ocorrer de a pessoa com deficiência mental, doença grave, alcoólatra, viciada em tóxicos, pródiga ou temporariamente sem poder exprimir sua vontade ter a sua própria família, prole e outras pessoas que dela dependam.

Enquanto estiver incapacitada, o que se provará pela interdição decretada ou por outros meios, gozará dos benefícios concedidos pelo art. 928 do Código Civil, se o fato tiver ocorrido no período de obnubilação, ainda que, durante o processo judicial ou depois da prolação da sentença, tenha recuperado a sua capacidade e higidez mental.

#### **6.4. Responsabilidade do incapaz “*versus*” responsabilidade do seu responsável:**

O Código Civil de 2002 trouxe significativa alteração quanto à idade limite para responsabilização das pessoas, como ressaltado anteriormente.

Abandonou o sistema do Código anterior, no qual apenas os semi-imputáveis, ou seja, os menores entre 16 e 21 anos, equiparavam-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos em que fossem culpados (Código Civil de 1916, art. 156 [sem correspondente no atual Código Civil]).

No regime do estatuto revogado, tivesse o menor menos que 16 anos e, portanto, fosse impúbere e inimputável para a lei civil, aplicava-se a regra do antigo art. 1.521, incisos I e II, que imputavam apenas aos pais a responsabilidade pelos atos praticados pelos filhos menores que estivessem sob a sua guarda e aos tutores e curadores pelos atos de seus curatelados, de modo que a vítima não ficava irressarcida.

Significava que os absolutamente incapazes, autores de atos ilícitos, ficavam a salvo da responsabilidade, posto que considerados irresponsáveis (inimputáveis) pela lei civil então em vigor.

Agora, porém, o art. 928 do Código Civil de 2002 responsabiliza o incapaz como gênero, seja ele absoluta ou relativamente incapaz, quer dizer, aqueles abaixo de 18 (dezoito) anos de idade, bem como os amentais, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os excepcionais e os pródigos.



Essa responsabilidade é secundária, pois só ocorrerá quando as pessoas por eles responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes, e desde que não prive o incapaz ou seus dependentes do necessário à sua subsistência.

Não obstante a dicção desse preceito, estabeleceu-se a solidariedade entre responsável principal e responsável subsidiário, pois o parágrafo único do art. 942 preceitua que “são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”, justamente a norma que estabelece a responsabilidade por ato de outrem.

A primeira observação que se impõe é a de que a solidariedade está em contradição com o princípio de exclusão estabelecido no art. 928, eis que de seu enunciado resulta claro que o incapaz e o seu responsável não podem, a um só tempo, ser obrigados a reparar, pois este último responde como obrigado principal. Somente na hipótese de este não ter obrigação de fazê-lo, ou não dispor de meios suficientes para honrar o débito é que, excluído este responsável imediato, responderá, subsidiariamente, o incapaz e, ainda, de forma mitigada, ou seja, reparando aquém do devido.

A segunda observação vai no sentido de que o parágrafo único do art. 942 do Código Civil também contém previsão que se choca e se coloca em contradição com regra antes estabelecida, quando preceitua: “São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores **e as pessoas designadas no art. 932**”.

Ora, com relação aos incisos I e II do art. 932, que estabelecem a responsabilidade pela reparação civil dos pais, tutores e curadores pelos filhos menores, pupilos e curatelados, respectivamente, também não se antevê a possibilidade de solidariedade, não obstante a previsão expressa do referido parágrafo único do art. 942.

Isto porque os personagens eleitos pela lei civil como responsáveis pelos atos de outrem (filhos menores, pupilos e curatelados) são os mesmos previstos no art. 928 e parágrafo único como “responsáveis” imediatos ou principais pelos atos dos incapazes, designação genérica para “filhos menores, pupilos ou curatelados”, posto que a incapacidade pode decorrer da idade (ficção jurídica) ou da condição físico-mental da pessoa, (independentemente da idade), como os enfermos ou deficientes mentais que não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, como dispõe o art. 3º do Código. E, como visto, há neste art. 928 regra de exclusão, na medida em que se elege o responsável legal como devedor principal e o incapaz como mero devedor

subsidiário, apenas na hipótese de aquele não ter obrigação, ou não dispor de meios materiais para honrar a obrigação.

Estabeleceu-se, como visto, uma responsabilidade não solidária, mas alternativa, quer dizer: “ou um, ou outro”, pois, ainda que o incapaz disponha desses meios, o dispositivo legal estabelece, sem margem à dúvida, que ele só responderá se o pai, tutor e curador não estiverem obrigados ou não dispuserem de meios materiais. Significa que, se tanto o incapaz como o seu responsável possuírem esses meios, apenas este último responderá, pois há de valer a regra fundamental estabelecida, qual seja a de que o devedor primário ou principal é o responsável.

Evidente que, para estabelecer-se essa solidariedade, se possível fosse ou se assim vierem a doutrina e a jurisprudência a entender (o que não nos parece possível), ter-se-á de obedecer às condições e restrições impostas para a responsabilização dos incapazes.

Há, portanto, contra os pais, os tutores e os curadores uma presunção *juris et de jure* e, pois, invencível, de obrigação, pois estabeleceu-se a sua responsabilidade objetiva, ou sem culpa, no art. 933 do Código Civil.

Essa responsabilidade, com relação aos pais, como explana AGUIAR DIAS<sup>31</sup>, se relaciona intimamente com o exercício do poder familiar, e deve ser julgada em função desse dever, que impõe ao seu titular obrigações de conteúdo especial, notadamente no tocante à vigilância.

SOUDART já demonstrara, com precisão, que o poder familiar inspira essa responsabilidade porque “dá ao pai e à mãe o direito e o dever de velar constantemente pelos filhos, enquanto são incapazes de dirigir suas ações e lhes estão submetidos na ordem civil, de prevenir-lhes as faltas, seja pela vigilância atual, seja principalmente pela educação intelectual e moral que estão incumbidos de lhes dar”.<sup>32</sup>

Mostrou WLADIMIR VALLER que, “ao contrário das leis italiana e francesa, a brasileira não condiciona a responsabilidade dos pais à circunstância da coabitação. A responsabilidade subsiste – e com muito maior razão, pela infração do dever de vigilância –

---

<sup>31</sup>. JOSÉ DE AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 563.

<sup>32</sup>. SOUDART. *Traité générale de la responsabilité civile*. Paris, 1852, p. 71, n. 814.

quando os pais abandonam os filhos menores, ou os enviam a estudar ou trabalhar, entregues a si mesmos, em lugar diferente do que em que moram”.<sup>33</sup>

Se por decisão judicial tiver sido cassado ou suspenso o poder familiar, deixando o pai de ter autoridade sobre o filho menor, não terá ele obrigação de reparar o dano por este causado.

Se esse filho estiver sob a guarda ou responsabilidade de outrem, como, *v.g.*, internado em um colégio, ou aos cuidados do outro cônjuge, a obrigação civil pelos atos danosos por ele praticados transfere-se àquele a quem incumbia o dever de vigilância.

Isso quer dizer que, na hipótese de pais separados judicialmente ou divorciados, responsável será aquele que ficou com a guarda dos filhos menores.

A lei não distingue entre filhos legítimos, ilegítimos ou legitimados.

Tratando-se de filho natural, reconhecido ou não, a responsabilidade é dos pais. Se o filho não puder ser reconhecido (incestuoso ou adúltero), a responsabilidade será daquele que o tenha sob guarda: pai, mãe ou terceiro.

Se for adotivo, responsável será o adotante.

Entendeu CARVALHO SANTOS que, se o menor for emancipado, necessário será distinguir: na emancipação tácita, determinada pelo casamento, cessa a responsabilidade dos pais, porque o filho torna-se chefe de família; se é mulher, pelo casamento passa à autoridade marital. Se, porém, a emancipação é expressa, outra é a consequência, pois a emancipação de um menor que se revela indigno da concessão que lhe foi outorgada é, no final das contas, um ato inconsiderado e aos pais não se pode reconhecer o direito de exonerar-se por essa forma, da responsabilidade que a lei lhes impõe.<sup>34</sup>

Ousamos discordar de tão autorizada opinião.

Nada justifica a distinção feita, considerando que a emancipação, nos termos da lei civil (art. 5.º, parágrafo único, inciso I), faz cessar a incapacidade dos menores, de modo a lhes permitir gerir sua pessoa e seus bens.

Ora, se, por concessão da mãe ou do pai, pelo casamento, exercício de emprego público, colação de grau em curso superior, ou pelo estabelecimento civil ou comercial com

---

<sup>33</sup>. WLADIMIR VALLER. *A reparação do dano moral no Direito brasileiro*. 2. ed. Campinas, S. Paulo: E. V. Editora Ltda., 1994, p. 75.

<sup>34</sup>. CARVALHO SANTOS. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1940, v. 20, p. 216.

economia própria, o menor, por ficção jurídica, é equiparado ao maior de dezoito anos, para todos os fins e efeitos, nada justifica que por seus atos continuem a responder os pais, até porque a indignidade do filho no recebimento da outorga não tem o poder de anular ou reverter a concessão feita.

#### **6.5. A contradição entre o *caput* do art. 928 e o parágrafo único do art. 942 do Código Civil Brasileiro:**

Segundo entendimento de REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, em excelente estudo que desenvolveu, o *caput* do art. 928 sob comentário estaria em aparente contradição com o art. 942 do mesmo Código, assim se manifestando:

“O *caput* deste dispositivo está em conflito com o art. 942, que estabelece a responsabilidade solidária dos incapazes e das pessoas designadas no art. 932, ou seja, dos pais e dos filhos, do tutor e do tutelado, do curador e do curatelado. Deve-se ter em vista o princípio da reparação plena, antes analisado, de modo que os incapazes devem ser solidariamente responsáveis, como estabelece o art. 942, sem que a responsabilidade patrimonial seja hierarquizada nestes casos”.<sup>35</sup>

Com a devida vênia e respeito pelo entendimento, não se vislumbra contradição entre o art. 928 e a cabeça do art. 942.

Esta última disposição apenas estabelece, como regra geral, para todos os casos, que os bens do responsável pelo dano respondem pela reparação, solução essa óbvia, sendo certo que o artigo não especifica esse responsável, de modo que sua definição está a cargo de outras regras do mesmo Código. Estabelece, ainda, o princípio da solidariedade quando a ofensa tiver mais de um autor ou sujeito ativo (ofensor).

Não vislumbramos, também, contradição entre o art. 928 e o art. 932, inciso I, quando dispõe que os pais são responsáveis pelos danos causados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

Note-se que essa disposição harmoniza-se com a do art. 928, que estabelece a responsabilidade subsidiária do menor pelos atos danosos que praticar, enquanto o art. 932,

---

<sup>35</sup>. REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA. *Novo Código Civil Comentado*. Coord. Ricardo Fiuza (obra coletiva). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 821.

inciso I, do mesmo Código fixa a responsabilidade principal e preferencial dos pais pelos atos dos filhos e reforça tanto quanto ficou estabelecido na primeira regra legal.

Se crítica merece o Código, é no sentido de que a disposição física do art. 928 no respectivo capítulo parece equivocada e sugere confusão e dificuldade de entendimento, pois a exceção veio antes da regra, ou seja, aquela estabelecida nos incisos I e II do art. 932.

Melhor seria que as disposições do art. 928 constassem como parágrafos do art. 932, com o que estaria sanada a dificuldade de entendimento e interpretação.

Mas, justiça seja feita, há um equívoco enorme e imperdoável do legislador que não pode deixar de ser criticado, no que pertine à sistematização do Código, criando dúvidas, perplexidades e dificuldade de interpretação.

E, segundo parece, esse, talvez, o aspecto que a admirada jurista REGINA BEATRIZ quis ressaltar.

Vejamos:

Ficou evidenciado, mercê da redação do art. 928 do Código Civil, que o incapaz responde pelos prejuízos que causar, desde que as pessoas por ele responsáveis não tenham obrigação de fazê-lo ou não disponham de meios suficientes para tanto.

Assentou-se que o preceito estabeleceu a responsabilidade subsidiária ou secundária dos incapazes.

Restou claro, ainda, que, se e quando o incapaz for responsabilizado, a indenização, se a ele couber honrar, será equitativa e, portanto, mitigada. Mas se a obrigação o privar do necessário à sua subsistência ou à manutenção dos que dele dependam, estará livre e exonerado do encargo.

Mas essa responsabilidade, segundo o Código sob comentário, é subsidiária e secundária, porque, de acordo com o art. 932, “são também responsáveis pela reparação civil: I) os pais, pelos filhos menores sob sua autoridade e em sua companhia; II) o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições”.

Note-se que a locução “**são também responsáveis**” não deixa margem à dúvida quanto à intenção de impor responsabilidade concorrente ou, melhor dizendo, **solidária** de pais e filhos, tutores e tutelados, curadores e curatelados, quando estes dependentes cumparam os pressupostos que lhes permitam solidarizar.

Para não restar dúvida quanto a isso, o parágrafo único do art. 942 estabeleceu a solidariedade dos co-autores juntamente com os autores e **das pessoas designadas no art. 932.**

Portanto, reiterou a solidariedade entre incapazes (todos eles) e seus responsáveis legais.

Aqui, sem dúvida, surge flagrante contradição entre o art. 928 e seu parágrafo único e o parágrafo único do art. 942, que estabelece a solidariedade, como enfatizamos no item precedente, em alongadas considerações, pois esta obrigação solidária não se mostra possível.

Sob esse aspecto, dúvida não fica de que, se a crítica da ilustre e culta jurista REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA<sup>36</sup> tiver sido nesse sentido e sob esse particular aspecto, há de merecer o nosso apoio.

Mas não é só.

Para nós, em uma primeira visada, também o art. 934 abriga preceito contendo aparente contradição, quando estabelece:

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

Veja-se que ao mesmo tempo em que o parágrafo único do art. 942 estabeleceu a solidariedade entre pais e filhos, o art. 934 fixa outro critério, afastando o direito de regresso do pai em relação ao filho menor ou incapaz por razão diversa da menoridade.

Esta última disposição estaria em aparente antinomia com os demais preceitos invocados.

Mas essa antinomia é, segundo nos pareceu, apenas aparente e não real ou efetiva.

Poder-se-ia argumentar que tal regra não pode prevalecer, pois afrontaria o espírito da lei e a previsão peremptória do art. 932 e do parágrafo único do art. 942, sabido, ainda, que a solidariedade não é via de mão única. Empenha e cria obrigação tanto para o autor imediato da ação ilícita, como para o seu garante.

Todavia, essa argumentação soaria equivocada à luz da melhor exegese das normas envolvidas.

---

<sup>36</sup>. REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA. Ob. cit., p. 821.

A nós parece que a previsão foi intencional, embora sem a técnica exigível e esperada, com ofensa à zetéica, aos conceitos para sistematização legislativa e aos critérios para elaboração das leis, estabelecidos na Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998.

Note-se que o art. 1.524 do Código Civil revogado dispunha: “O que ressarcir o dano causado por outrem, se este não for descendente seu, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago”.

Mas o art. 934 do atual Código Civil, originado daquela antiga norma acima transcrita, dispõe: “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”.

Segundo parece, tal previsão não se posta em contradição com as demais disposições que conduzem à solidariedade, pois, em verdade, não a afasta.

O *canon* apenas impediu que o responsável legal use o direito de regresso para “reaver” o que houver pago quando o autor do dano seja seu descendente, absoluta ou relativamente incapaz.

Em verdade, a vítima pode voltar-se judicialmente contra o incapaz isoladamente, ou contra o seu responsável, ou, ainda, contra ambos, por força da solidariedade estabelecida na lei, embora fique registrada a nossa ressalva de que essa solidariedade firmada pelo Código não nos parece possível.

Contudo, se os pais, isoladamente, satisfizerem a obrigação, não poderão valer-se da ação de regresso contra o filho, se esse for incapaz.

Cabe insistir que tal previsão não se encontra em contradição com os demais preceitos, até porque o legislador restou coerente com a disciplina que o estatuto criou, tanto que não impediu a ação regressiva do tutor ou curador em face do tutelado ou curatelado.

A afirmação de coerência do legislador deve ser entendida no contexto do Código, ou seja, na medida em que o legislador admitiu a solidariedade, mas buscou coarctar o seu espectro de abrangência e impedir que o pai se volte contra o filho para recuperar o que pagou.

Mas caso seja aceita a nossa ponderação de que a solidariedade da lei traduz equívoco do legislador, como afirmamos mais de uma vez, então a impossibilidade de direito de regresso encontrará justificativa muito mais plausível e sustentada e essa impossibilidade não se limitará aos pais, mas deverá ser estendida também aos tutores e curadores, que não poderão valer-se nem do instituto da solidariedade, nem do direito de regresso para recuperar-se do que pagarem em face do incapaz, por força da regra de exclusão do art. 928.

Uma última advertência comporta-se neste estudo e causa preocupação.

Segundo o regime estabelecido no novo Código Civil, a vítima, ou seja, aquele que suportou o prejuízo em razão de ato ilícito praticado por incapaz, poderá ficar sem qualquer ressarcimento. Basta que os responsáveis principais pela reparação (pais, tutores e curadores) não tenham obrigação de responder pelos prejuízos, ou não disponham de meios suficientes (Código Civil, art. 928, *caput*) e que o valor da indenização a ser pago pelo incapaz causador dos danos o prive do necessário ao seu sustento ou até mesmo possa privar do indispensável as pessoas que dele dependam (CC, art. 928, parágrafo único).

#### **6.6. Menor ou incapaz condutor de veículo:**

Em se tratando de responsabilidade automobilística, a matéria em estudo apresenta novas perspectivas.

Isto porque, sob a égide do Código Civil anterior, embora o maior de 18 e menor de 21 anos de idade fosse considerado menor para os atos da vida civil e incapaz para certos atos, ou seja, relativamente incapaz, podia habilitar-se motorista a partir dos dezoito anos de idade.

Desse modo, até completar 21 anos, os danos a que desse causa na direção do veículo empenhariam responsabilidade sua e do seu responsável.

Agora, contudo, a partir de quando puder habilitar-se motorista já será considerado maior de idade, pois há coincidência de idade tanto para obter a maioridade quanto para obter habilitação para dirigir.



A questão que remanesce é quando o menor de dezoito anos, que não possui e não pode possuir habilitação, dirige irregularmente veículo e em sua direção cause dano a outrem.

Neste caso, por força das regras constantes dos arts. 928 e 932 do Código Civil, respondem, alternativamente, o responsável ou o menor condutor, nas condições ali estabelecidas.

Valem para completar o estudo as considerações acima feitas nos itens anteriores.

## 7. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS

### 7.1. A responsabilidade direta ou por ato próprio e sua insuficiência:

Como enfatizado anteriormente a teoria da responsabilidade civil assenta, em nosso direito codificado, em torno de que o dever de reparar é uma decorrência daqueles três elementos: antijuridicidade da conduta do agente; dano à pessoa ou coisa da vítima; relação de causalidade entre uma e outro. Dá-se-lhe o nome de *responsabilidade por fato próprio* ou responsabilidade direta.

Esse princípio, porém, não satisfaz ao anseio de justiça, posto que muitas vezes ocorre a existência de um dano, sem que o demandado seja diretamente apontado como o causador do prejuízo, embora a análise acurada da situação conduza a concluir que a vítima ficará injustiçada, se se ativer à comprovação do proclamado nexos causal entre o dano e a pessoa indigitada como o causador do dano.

Para que justiça se faça, é necessário levar mais longe a indagação, a saber, se é possível desbordar da pessoa causadora do prejuízo e alcançar outra pessoa, à qual o agente esteja ligado por uma relação jurídica e, em consequência, possa ela ser convocada a responder.

Aí se situa a responsabilidade por fato de outrem ou pelo fato das coisas, ou responsabilidade indireta, ou responsabilidade complexa.<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup>. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, n. 77, p. 85.

Portanto, no sistema da responsabilidade subjetiva, deve haver nexo de causalidade entre o dano indenizável e o ato ilícito e culpável praticado pelo agente. Só responde pelo dano, em princípio, aquele que lhe der causa. É a responsabilidade por fato próprio, que deflui do art. 186 do Código Civil.

Mas o Código Civil de 2002 deu grande ênfase ao que podemos chamar de “*responsabilidade garantida*”, ou seja, a responsabilidade por fato de outrem ou pelo fato da coisa, quando, por razões de maior proteção e garantia à vítima e diante da dificuldade de se empenhar a obrigação de pessoas que não têm como responder pelos danos, o legislador preferiu transferir essa obrigação a outra pessoa, por força do seu dever de vigilância, de cuidado, de guarda ou de incolumidade, como, por exemplo, na responsabilidade dos pais pelos filhos, do empregador pelos empregados ou do dono do animal.

## **7.2. A responsabilidade indireta ou por fato de outrem; a responsabilidade objetiva dos pais e a questão da necessidade de verificação de culpa do menor autor do ato danoso:**

A lei civil, portanto, estabelece alguns casos em que a pessoa deve suportar as conseqüências do fato de terceiro.

Neste particular, estabelece o art. 932 do Código Civil: “São também responsáveis pela reparação civil: I – Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; (...)”.

E o art. 933 complementa: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Segundo escólio de MAZEAUD E MAZEAUD essa responsabilidade indireta tem caráter excepcional<sup>38</sup> e exsurgiu como uma derrogação da regra do art. 1.382 do Código Civil francês, segundo a qual as conseqüências de uma culpa devem recair sobre seu autor, no dizer de SOURDAT.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup>. MAZEAUD E MAZEAUD. *Responsabilité civile*, v. 1, n. 707.

<sup>39</sup>. SOURDAT. *Traité générale de la responsabilité civile*. Paris, 1852, p. 750.

Também no Brasil pode-se dizer que a responsabilidade por fato de outrem ou pelo fato da coisa continua sendo excepcional, posto que a regra é a responsabilidade por ato próprio. Mas não se pode negar que o Código Civil de 2002 deu maior ênfase a essa responsabilidade excepcional, ampliando seu espectro de abrangência e abandonando o seu fundamento, que se escorava na culpa, para adotar como fundamento a teoria do risco, através da responsabilidade objetiva.

Na vigência do revogado Código de 1916, a responsabilidade por fato de outrem ressentia-se de alguma dificuldade por ter-se desviado aquele antigo estatuto dos critérios seguros abraçados por outras legislações, optando por uma solução mais conservadora ao estipular que o sujeito passivo da atividade delituosa ou ilícita (vítima) deveria provar que o responsável mediato (pais, tutor, curador, empregador) concorreu com culpa ou negligência.

Agora, contudo, essa dificuldade foi superada, pois o art. 933 estabelece que “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Portanto, não exige a comprovação de culpa *in vigilando* dos responsáveis, por atos de seus pupilos ou protegidos (filhos, tutelados, curatelados ou empregados).

O art. 933 do Código Civil dispensa a verificação de culpa do responsável, mas nada esclarece com relação ao comportamento do autor do dano.

A nós parece que, embora a responsabilidade das pessoas referidas no art. 932 (pais, tutores, curadores, empregadores) seja objetiva, com relação ao seu comportamento, diligência, cuidado e providências com relação aos protegidos (filhos, tutelados, curatelados, empregados etc.), circunstâncias essas que não mais se consideram para a responsabilização, não se dispensa a comprovação de que estes últimos tenham agido com culpa, quando desses se possa exigí-la, quer dizer dos imputáveis e semi-imputáveis (maiores de 16 anos).

Dentre tantas razões, tenha-se em consideração que “é a equidade que gerou a teoria do risco e é a moral que mantém a teoria da culpa”.<sup>40</sup>

Invoca-se como argumento de reforço o verbete da Súmula 341 do Supremo Tribunal ao dispor: “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do

---

<sup>40</sup>. **ARNOLDO WALD.** Art. cit., p. 99.

empregado ou preposto”. Ora, a súmula tratou, em verdade, da questão da responsabilidade por ato de outrem, presumindo a culpa do empregador mas não dispensando a culpa do empregado ou preposto. *Mutatis mutandis*, a hipótese é a mesma da responsabilidade dos pais por atos de seus filhos, estabelecida no mesmo art. 932, com a mesma redação.

Suponha um menor com dezessete anos que, atacado raivosa e traiçoeiramente por outrem, revida em legítima defesa e causa ferimentos ao agressor. Se levarmos em consideração apenas a condição do pai ou responsável e o fato de que se estabeleceu a sua responsabilidade objetiva, surgiria a sua obrigação de reparar o agressor, que restou ferido, ainda que o seu filho tenha agido amparado pela lei, que admite a legítima defesa e não considera ato ilícito aquele praticado nessas circunstâncias (Código Civil, art. 188, I).

Pode-se, ainda, invocar o exemplo do empregado, maior de idade, que, involuntariamente, por ato plenamente justificado, cause dano a um cliente, durante a jornada de trabalho. Não haveria como empenhar obrigação do empregador apenas porque a lei lhe impôs a responsabilidade objetiva, se não se pode vislumbrar comportamento culposo do autor do dano.

Dá conforto a esse entendimento o fato de que o art. 928 do Código Civil estabelece a responsabilidade pessoal do incapaz, “(...) se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes” e a responsabilidade solidária entre o responsável ou co-responsável pela ofensa e as pessoas designadas no art. 932 (pai, tutor, curador e empregador), embora contestemos a possibilidade de solidariedade entre o pai, tutor curador e seus filhos, tutelados e curatelados, como deixamos assentado no Capítulo VIII quando comentamos a responsabilidade dos incapazes.

Parece-nos que CARLOS ROBERTO GONÇALVES não repudia esse entendimento e que converge no mesmo sentido, pelo que se depreende de três exposições que faz em sua obra, que tomamos a liberdade de transcrever, em parte:

“A responsabilidade paterna independe de culpa (CC, art. 933). Está sujeito à reparação do dano, por exemplo, o pai que permite ao filho menor de 18 anos sair de automóvel. Se o filho, **culposamente**, provoca acidente de trânsito, o lesado tem direito de acionar o pai, para obter a indenização”.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup>. CARLOS ROBERTO GONÇALVES. Ob. cit., p. 133, 134 e 135.

Logo em seguida, o autor citado faz a seguinte afirmação: “A verdade é que a responsabilidade dos pais não é afastada, quando inexistente imputabilidade moral em virtude da ausência de discernimento (do filho)”.

Por fim, colhe-se outra afirmação desse autor: “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”.

Ora, *data venia*, o raciocínio vale também para os atos do filho semi-imputável ou para o empregado maior de idade e, portanto, imputável, pois o que se põe em consideração e relevo não é mais a capacidade de discernimento, mas a prática de um ato que “não violou obrigação preexistente”, nem “vulnerou nenhuma norma jurídica”, para aproveitar as expressões utilizadas pelo notável jurista.

Portanto, na hipótese de menor impúbere ou de pessoa absolutamente incapaz, em que o autor da ação danosa não tem condição de determinar-se e de entender o caráter ilícito do fato, não se pode fazer qualquer indagação sobre culpa e, então, os pais ou o curador responderão objetivamente.

Mas, na hipótese de menor relativamente incapaz (maior de 16 e menor de 18 anos) ou de pessoa semi-imputável, com discernimento para entender o caráter ilícito do fato e de assim determinar-se, a responsabilidade objetiva do responsável só terá eficácia se o autor imediato da ação ou omissão tiver agido com culpa.

Fora disso, seria estabelecer situação absolutamente injusta, a ponto de um pai ter de responder por ato do filho, ato esse que a lei considera legítimo ou justificado.

Enquanto vigorou o Código de 1916 que exigia a culpa do responsável legal, embora essa culpa fosse presumida, a ausência de comportamento culposo do seu protegido implicava na exclusão da sua própria culpa.

Atualmente, contudo, tendo o art. 933 estabelecido a responsabilidade sem culpa desse responsável, impõe-se nova reflexão acerca do tema para não se criar iniquidades.

### **7.3. A responsabilidade presumida dos pais por atos dos filhos menores:**

Durante anos, enquanto vigorou o Código Civil de 1916, discutiu-se se haveria ou não responsabilidade presumida dos pais por atos dos filhos menores.

A dicção dos arts. 1.521, I, e 1.523 do Código revogado levaria à exclusão da idéia de responsabilidade presumida e necessidade de prova de culpa dos pais, a ser feita pelo prejudicado. Essa era a conclusão a que chegou JOÃO LUÍS ALVES.<sup>42</sup> Em sentido contrário, porém, PONTES DE MIRANDA e CARVALHO SANTOS.<sup>43</sup>

Atualmente, contudo, essa questão tornou-se superada, diante do que dispõe o art. 933 do CC, que estabelece a responsabilidade objetiva das pessoas mencionadas no art. 932 (pais, tutor, curador, empregador e dono de hotel).

### **7.4. A responsabilidade de outras pessoas (adotante, guardião, empregador, escola):**

Na adoção, os pais legítimos se eximem da responsabilidade, que se desloca para o adotante (cf. RENÉ RODIÉRE<sup>44</sup>, MARTY E RAYNAUD<sup>45</sup>, e GENÉVIEVE VINEY<sup>46</sup>).

Com relação aos filhos reconhecidos, a responsabilidade civil cabe ao pai ou mãe natural.

Evidentemente, se o filho está no estabelecimento de ensino, a responsabilidade será deste ou de seus prepostos, no período em que têm a guarda do menor (art. 932, IV, do CC).

Se o menor se encontra trabalhando, a responsabilidade por seus atos será do empregador, independentemente da verificação de sua culpa, e não dos pais (art. 932, III).

Mas também aqui valem as ponderações e restrições que fazemos com relação ao

---

<sup>42</sup>. JOÃO LUÍS ALVES. *Código Civil Anotado*, comentários ao art. 1.523.

<sup>43</sup>. CARVALHO SANTOS. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 2. ed., Rio de Janeiro, 1940, v. 20, comentários aos artigos citados.

<sup>44</sup>. RENÉ RODIÉRE. *La responsabilité civile*, n. 143.

<sup>45</sup>. MARTY E RAYNAUD. *Droit Civil*. v. 1, t. 2, n. 743.

<sup>46</sup>. GENÉVIEVE VINEY. *Traité de Droit Civil*, a cargo de Jacques Ghestin, *Les obligations*, n. 875.

tema, expostas acima, no Item “b”, acerca de exigência de comportamento culposo do autor imediato da ação danosa quando tenha condições de querer e de determinar-se, ainda que a responsabilidade do responsável imediato (pai, tutor, curador ou empregador) seja objetiva.

No que pertine à emancipação do filho, CAIO MÁRIO faz a seguinte distinção: “se é a legal, advinda, por exemplo, do casamento, os pais estão liberados; mas a emancipação voluntária não os exonera, porque um ato de vontade não elimina a responsabilidade que provém da lei (sobre menor emancipado: SOURDAT, ob. cit., n. 827; MARTY E RAYNAUD, ob. cit., n. 43; DE PAGE, ob. cit., n. 973)”.<sup>47</sup>

Para nós, contudo, a questão não é pacífica, pois o ato de emancipação é um ato de vontade de ambas as partes e essa vontade há de prevalecer.

Nessa linha de raciocínio, se o menor causa prejuízo a outrem quando se encontra fora da esfera de vigilância de seus pais e passa à vigilância de outrem, como de seu patrão ou dos dirigentes da escola que frequenta, então a responsabilidade pelos danos será dessas pessoas.

Nesse sentido, o entendimento esposado pela doutrina, ao firmar entendimento no sentido de que “se o menor é empregado ou preposto de outrem a responsabilidade será do patrão, *ut* art. 932, inciso III, do Código Civil”.<sup>48-49</sup>

### **7.5. A responsabilidade dos tutores e curadores:**

Também aqui valem as considerações doutrinárias desenvolvidas acerca da responsabilidade dos incapazes, dos pais, do empregador ou comitente por seus empregados, serviçais e prepostos.

Falecendo os pais, sendo julgados ausentes ou decaindo do poder familiar, os filhos menores são postos sob tutela (Código Civil, art. 1.728).

Pela lei civil estão sujeitos à curatela (Código Civil, art. 1.767):

---

<sup>47</sup>. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. Op. cit., p. 91-92.

<sup>48</sup>. CARLOS ROBERTO GONÇALVES. Ob. cit., p. 139.

<sup>49</sup>. CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA. Ob. cit., p. 99.

I – aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II – aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III – os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV – os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V – os pródigos.

O tutor, depois de nomeado, passa a ser representante legal do menor.

Por sua vez, o curador representa o absoluta ou relativamente incapaz maior de idade, aqueles que não puderem exprimir a vontade, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos.

Segundo a noção, já enunciada, da responsabilidade objetiva das pessoas mencionadas no art. 932 do Código Civil, a situação dos tutores e curadores é idêntica à dos pais: respondem pelos pupilos e curatelados nas mesmas condições em que os pais respondem pelos filhos menores.<sup>50</sup>

Significa que à hipótese de responsabilidade do tutor e curador se aplicam as disposições do art. 928 do Código Civil, respondendo o incapaz (tutelado ou curatelado), subsidiariamente e de forma mitigada, pelos prejuízos que causar, caso o seu responsável não tenham obrigação de fazê-lo ou não disponha de meios suficientes, desde que não prive esse incapaz do necessário à sua sobrevivência ou das pessoas que dele dependam (art. 928, *caput* e parágrafo único).

A lei também diz que serão os tutores e curadores responsáveis solidários com o incapaz, conforme previsão expressa no parágrafo único do art. 942 e os primeiros, quando ressarcirem o dano causado, poderão, segundo o art. 934, pela via regressiva, reaver deste último o que houver pago.

Já deixamos assentado, de forma exaustiva, nossa discordância quanto a essa possibilidade prevista na lei, por força da regra de exclusão contida no art. 928 que

---

<sup>50</sup>. CARLOS ROBERTO GONÇALVES. Ob . cit., p. 142.



estabelece a obrigação não concorrente, ou seja, de um ou de outro, mas não de ambos. Por essa razão, já se antevê a enorme dificuldade de encontrar quem se disponha a aceitar o encargo de tutor ou curador.

Na lição de CAIO MÁRIO, “respondem o tutor e o curador pelo pupilo e curatelado, que se acharem nas mesmas condições dos filhos menores em relação aos pais. A responsabilidade advém do fato da menoridade (tutores) ou da interdição (curatelados), aliada às outras circunstâncias que acompanham quanto aos menores *in potestate*.”<sup>51</sup>

Não se pode deslembrar que a tutela é temporária e, por isso, a apuração da responsabilidade do tutor depende de verificar se o fato danoso ocorreu durante o período da tutela.

O mesmo ocorre em relação à curatela, que tem o seu início demarcado por uma decisão judicial e um termo de compromisso.

Não se olvide, ainda, que tanto a tutela como a curatela constituem *munus públicos*, o que aconselha o juiz a examinar com mais benignidade a responsabilidade do tutor e do curador, pelos ilícitos que o pupilo ou curatelados pratiquem contra terceiros<sup>52-53</sup>, não obstante sua responsabilidade seja objetiva, por força do art. 933 do Código Civil.

Lembra CARLOS ROBERTO GONÇALVES que, “com maior intensidade se revelará, sem dúvida, a responsabilidade do curador, quando não tomar providências para internar o interdito em estabelecimento adequado, sendo evidente a necessidade de tal medida. Cessa, entretanto, a sua responsabilidade, providenciada a internação, transferida que fica a quem o interdito tenha sido confiado”.<sup>54</sup>

Nesse sentido também o escólio de AGUIAR DIAS.

## 8. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Uma das grandes conquistas obtidas com o advento do Código Civil de 2002 foi a tutela específica dos direitos da personalidade nos artigos 11 a 21.

---

<sup>51</sup>. CAIO MÁRIO D SILVA PEREIRA. Ob. cit., n. 81, p. 92.

<sup>52</sup>. JOSÉ DE AGUIAR DIAS. Ob. cit., n. 189.

<sup>53</sup>. SILVIO RODRIGUES. Ob. cit., v. 4, n. 28.

<sup>54</sup>. CARLOS ROBERTO GONÇALVES. Ob. cit., p. 143.

Mas se a Constituição Federal, que já havia assegurado a inviolabilidade dos direitos de personalidade desde o final do século passado (1988), evidenciou e priorizou o direito de resposta nas ofensas através dos meios de divulgação e a incolumidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas como um todo, e formuladas por qualquer meio ou circunstância, o Código Civil, não obstante o avanço aqui admitido, foi mais restrito e contido, buscando um enfoque diverso.

É certo que o art. 21 do Código Civil afirma inviolável a vida privada da pessoa natural. Contudo, estabeleceu apenas que o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar a ofensa. Nada dispôs sobre o direito de reparação.

Inicia o art. 11 afirmando a intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, sendo certo, contudo, que essas características não são absolutas, pois comportam reduzidas exceções que, aliás, o próprio Código prevê (cf. art. 20, parágrafo único).

O art. 12 assegura a cessação da ameaça ou lesão a direito da personalidade e concede o direito de reclamar perdas e danos, “sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Mas, como não se desconhece, as ofensas a bens imateriais, anímicos e integrantes da personalidade da pessoa, como a honra, a imagem, o bom nome e outras, causam prejuízo moral ou interno. Raramente poderão, também, causar prejuízos de ordem material, como o abalo de crédito, a diminuição dos rendimentos pela mancha no nome.

Não obstante, o referido art. 12 assegura apenas “perdas e danos” que, segundo a definição do art. 402 do mesmo Código “abrangem, além do que ele [credor] efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” e, portanto, reparação de ordem material, deixando de prever a possibilidade de compensação por dano moral, o que se traduz em sentida omissão.

Nem se imagine que a parte final do art. 12 justificaria reparação a esse título quando afirma “sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”, pois sanção é pena e não reparação tendo, portanto, conotação diversa.

O parágrafo único do art. 13 mostra a preocupação do legislador com a questão relativa à doação em vida de órgãos, admitida apenas para fins de transplante, desde que de

acordo com a lei especial de regência (Lei 9.434/97, alterada pela Lei 10.211/2001) e o art. 14 admite a disposição do próprio corpo, desde que gratuita e com objetivo científico ou altruístico.

O art. 15 trata de matéria já regulamentada no Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina ao estabelecer que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Mas como dizia **Afrânio Peixoto** que a reiteração é uma força, a redundância não é prejudicial, embora a regra já estivesse incorporada como obrigação ética dos profissionais da área médica.

Assegura-se o direito ao nome e ao pseudônimo (artigos 18 e 19), vedada a sua divulgação com exposição ao desprezo público, independentemente da intenção, ou seja, dispensada a culpa.

Mas segundo parece, o art. 20 que protege a honra, a boa fama e a respeitabilidade das pessoas, proibindo a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, exposição ou utilização da imagem sem autorização, sob pena da indenização que couber (e aqui se incluem os danos materiais e morais), invade área de atuação reservada à Lei de Imprensa, que traz a mesma disciplina com maior abrangência e especificidade (Lei 5.250, de 09.02.1967).

De tudo se conclui que a proteção do direito de personalidade no Código Civil é digna de encômios e deve merecer nossa aprovação e elogio.

Lamenta-se, apenas que as disposições tenham sido um pouco tímidas, pois se, por um lado, assegurou a inviolabilidade desses direitos, não assegurou, do mesmo modo, a consequência dessa violação, ou seja, a reparação (melhor dizer compensação) do dano moral.

Essa timidez não retira os direitos afirmados pela Constituição Federal, que assegurou, expressamente, essa reparação ao fazer constar do art. 5.º, inc. V a frase: “além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

## 9. O PRINCÍPIO DA RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO VALOR DO DANO E A CLÁUSULA DE EXCEÇÃO (CCB, ART. 944)

No capítulo referente à indenização o novo Código Civil traz a seguinte previsão:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

A primeira crítica que a redação enseja é no sentido de que o dispositivo é redundante ao preceituar que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Sabe-se que o princípio firmado no âmbito da responsabilidade civil é o da *restitutio in integrum*, de modo a não se dar menos do que o efetivo prejuízo sofrido (lucros cessantes e dano emergente), sendo certo que estamos falando apenas de dano patrimonial, por força da limitação imposta pelo próprio *canon* legal.

Tanto isso é certo que o art. 947 prioriza e enfatiza que se dê preferência ao cumprimento da prestação na “espécie ajustada”, ou seja, à recomposição original ou retorno ao *statu quo ante*. Somente se isso não for possível é que se indenizará com o equivalente em dinheiro.

Por força do *caput* do art. 944 continua vigendo, portanto, o princípio da *restitutio in integrum*, retornando-se, preferencialmente, ao *statu quo ante* ou indenizando o equivalente em dinheiro, quando isto não seja possível, embora o parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002 estabeleça que “*se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização*”.

Como observou CARLOS ROBERTO GONÇALVES: “Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito”.<sup>55</sup>

Para nós a disposição contida no parágrafo único, a título de exceção, é equivocada e nociva, pois se reparar o dano é restituir as coisas ao estado anterior, a redução do valor, tendo em vista o grau da culpa, não indeniza integralmente e não cumpre

---

<sup>55</sup>. CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 529.

aquele princípio, dando ao julgador indesejado poder discricionário e um perigoso critério subjetivo de avaliação.

Ademais, cabe reiterar, esta disposição está em contradição com o referido princípio, expressamente enunciado no *caput* do art. 944, ao preceituar que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Muito antes do advento do novo Código Civil de 2002 YUSSEF CAHALI, em obra clássica, escreveu especificamente acerca da “indenização segundo a gravidade da culpa”, advertindo, logo no início de sua exposição, que “uma coisa é a gravidade da culpa como determinante da responsabilidade civil; outra, diversa, a determinação do dano indenizável, feita em função da gravidade da culpa”.<sup>56</sup>

Vale, pois, a advertência, em tom de crítica, de RAMON DANIEL PIZZARRO, no sentido de que: “*Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto*”.<sup>57</sup>

Há portanto de prevalecer o *in dubio pro creditoris*, como muito bem demonstrou JOÃO CASILLO, ao afirmar que “a tendência deve ser no sentido contrário. Na dúvida, a atenção do julgador deve voltar-se para a vítima, ainda que se corra o risco de que, por um excesso, o ofensor indenize mais do que era devido. O risco inverso de a vítima receber menos do que teria direito é que não pode ser admitido”.<sup>58</sup>

Também AGOSTINHO ALVIM sustentou que a maior ou menor gravidade da falta não influi na indenização, a qual só se medirá pela extensão do dano causado, advertindo que a lei não olha para o causador do prejuízo, a fim de medir-lhe o grau de culpa, e sim para o dano, a fim de avaliar-lhe a extensão. A classificação da infração, segundo esse autor, pode influir no sentido de atribuir-se ou não responsabilidade ao autor do dano, o que é diferente.<sup>59</sup>

Aliás, o Colendo Superior Tribunal de Justiça advertiu: “Partindo de uma interpretação sistemática, é de concluir-se que o sistema legal brasileiro não admite que a indenização por ato ilícito seja restritiva. Ao contrário, a reparação tem que ser a mais ampla possível”.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup>. YUSSEF CAHALI. *Dano e indenização*. São Paulo: Ed. RT, 1980, p. 122.

<sup>57</sup>. RAMON DANIEL PIZZARRO. *Daño moral*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1996.

<sup>58</sup>. JOÃO CASILLO. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994, p. 87.

<sup>59</sup>. AGOSTINHO ALVIM. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

<sup>60</sup>. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp. 171.506, RT 803/178.

Recriou-se, portanto, o abandonado sistema de gradação da culpa que, não se nega, sempre defendemos junto com YUSSEF CAHALI.<sup>61</sup>

Mas se a adoção desse critério se justifica com relação ao dano moral, mostra-se equívoco com relação ao dano material.

Isto porque a exceção contida no parágrafo único ofende o princípio de que se deve responsabilizar o responsável integralmente pelos lucros cessantes e danos emergentes.

Dessarte, embora criticável a intenção reducionista do legislador – que já se revelara com relação aos incapazes (art. 928, parágrafo único) –, criando a reparação mitigada, seja em razão da equidade, conforme enfatizou MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO<sup>62</sup>, seja por força do critério da graduação da culpa, em verdadeira *contraditio in terminis*, não mais tem pertinência, *data venia*, a afirmação contida em acórdão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: “*partindo de uma interpretação sistemática, é de concluir-se que o sistema legal brasileiro não admite que a indenização por ato lícito seja restritiva. Ao contrário, a reparação tem que ser a mais ampla possível*”.<sup>63</sup>

Em verdade, o novo Código Civil quebrou esse sistema, atendendo a ponderação de ilustrados doutrinadores.

Evidentemente que às ponderações de forte seguimento doutrinário não se pode fazer ouvidos moucos. Há realmente situações em que se impõe lançar mão da equidade para solucionar questões excepcionais e que refogem da normalidade, como muito bem enfatizou MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO em sua excelente obra acerca da equidade e sua função integradora.<sup>64</sup>

Portanto, a crítica que se faz não é acerca da adoção da equidade como busca do justo, mas do critério adotado.

Ocorre, então, que o legislador condicionou a redução equitativa da indenização à gravidade da culpa, condicionante essa que conduz a injustiças e distorções, quando poderia

---

<sup>61</sup>. YUSSEF CAHALI. *Indenização segundo a gravidade da culpa*, Revista da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, n. 1, p. 22, set.-dez./96.

<sup>62</sup>. MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO. *Indenização por equidade no novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

<sup>63</sup>. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 4ª T., REsp. 300.190, j. 24.04.2001, DJU 18.03.2002.

<sup>64</sup>. MILTON PAULO DE CARVALHO FILHO. Citado.

estabelecer essa ligação com a condição econômica e financeira de quem dá e de quem recebe, o que se mostra muito mais adequado e assisado.

Tanto isso é certo que a redação do referido parágrafo faz surdir questão que revela a ilogicidade do novo sistema adotado.

Nas hipóteses em que se exige conduta culposa para a caracterização do ilícito e para nascer o dever de reparar, o valor da indenização poderá ser reduzido aquém do que era devido, por força da “desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”.

Mas e nas hipóteses de responsabilidade objetiva (e são muitas)?

Exigir-se-á, então, que se indenize por inteiro, considerando que não mais se poderá falar em “gravidade da culpa”?

Perceba-se a contradição lógica: Nas condutas em que o pressuposto da responsabilidade é a culpa, deve-se verificar a sua graduação (intensidade do dolo, culpa grave, leve e levíssima) para dimensionar o *quantum* da indenização que, então, poderá ficar aquém do verdadeiro prejuízo. Mas nas hipóteses em que basta a conduta, o nexos de causalidade e o resultado danoso, em que se dispensa a indagação de culpa, o agente responderá por inteiro, ainda que não tenha agido com culpa.

Significa que o responsável por “eleição”, ou seja, a pessoa que não praticou ilícito nenhum, mas que a lei elegeu como responsável pelo ato de outrem (este o verdadeiro autor do fato), responde sempre integralmente, enquanto o autor imediato e direto de um ato ilícito, que agiu culposamente, seja por imprudência, negligência ou imperícia, poderá ter sua responsabilidade diminuída e o valor da indenização reduzido ou mitigado.

Para nós essa disposição legal resta por tizar o entendimento consagrado de que a reparação pressupõe a restituição das coisas ao estado anterior, maculando o conceito firmado, discriminando os sujeitos passivos da reparação e ofendendo a própria vítima, que receberá menos do que o devido.

Macula, também, o conceito tão bem enunciado por CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA de que: “o que deve orientar a Justiça, no tocante ao dever ressarcitório, é a lesão ao direito ou interesse da vítima, e não a sua extensão pecuniária”.<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup>. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 39.

Não há, segundo nos parece, como conciliar essa desigualdade, que poderá converter-se em injustiça, seja para quem dá, seja para quem recebe, dependendo das circunstâncias.

Não desconhecemos que toda regra comporta exceção. Aliás, é a exceção que sempre justifica a regra.

Portanto, para atender situações excepcionais, questões relativas ao caso concreto que refogem do *id quod plerunque accidit*, ou seja, aquilo que normalmente acontece, é que o legislador estabeleceu a exceção contida no parágrafo único do art. 944 do Código Civil.

A objeção que fazemos, por força de outros princípios que esse mesmo Estatuto adotou e que se mostram em contradição com a referida exceção, é no sentido de que a redução da indenização – que deveria corresponder ao efetivo dano material sofrido pela vítima – não deveria estar condicionada à gravidade da culpa.

Poderia ser estabelecida essa proporcionalidade entre a condição e possibilidade econômica e financeira de quem dá e de quem recebe, o que se mostra muito mais adequado e pertinente, circunstâncias essas objetivas e ligadas aos sujeitos da relação jurídica, posto que os aspectos subjetivos, ligados ao sujeito ativo da ação, melhor servem ao Direito quando aplicados para identificar e caracterizar o ato ilícito, considerando que a equidade nada mais é do que a busca do justo e do equilíbrio.

Não custa lembrar que o Código Civil de 1916, agora revogado, continha previsão que dá foros de legitimidade a nossa posição, pois no antigo § 2.º do art. 1.538, que tratava da lesão corporal, estabelecia reparação à mulher solteira ou viúva, “*segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito*”.

Aliás, AGUIAR DIAS, muito antes do advento do novo Código Civil, já procurava demonstrar a necessidade de se aplicar a equidade para redução da indenização, de acordo com as posses do responsável, observando que “esse princípio está hoje vitorioso na maioria dos países cultos e atende aos princípios fundamentais da responsabilidade civil. O Direito existe para servir aos homens. Se, como acreditamos, continua a prevalecer a definição de CELSO, que nos legou a máxima *jus est ars boni et aequi*, o Direito não pode perder de vista a equidade. Daí também decorre que uma legislação cuidadosa ou, em sua falta, a própria jurisprudência, não pode deixar de atender a circunstâncias que, depois do julgamento definitivo sobre a liquidação, alterem de forma acentuada a situação da vítima



ou do responsável, relativamente ao *quantum* fixado. Assim, a agravação das lesões corporais que no juízo da liquidação tenham sido consideradas leves e vice-versa, as que, reputadas graves, não justifiquem o prognóstico formulado naquela ocasião. Por essas e outras causas, deve admitir-se o direito à revisão da condenação. Ela dificilmente se legitimaria, entretanto, no caso de alteração do custo de vida”.<sup>66</sup>

YUSSEF SAID CAHALI demonstrou ser esse critério uma tendência das legislações modernas, enumerando: “o BGB, § 829; Código Civil russo, art. 411; suíço, art. 44, § 2.º; chinês de 1930, art. 187; checoslovaco, art. 358; peruano, art. 1.138 e Projeto do Código Franco-Italiano de Obrigações, art. 76”.<sup>67</sup>

Na Argentina, conforme registro de JORGE MOSSET ITURRASPE, a Lei 17.711, de 22.04.1968, agregou ao art. 1.069 do Código Civil o seguinte parágrafo: “*Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuera imputable a dolo del responsable*”.<sup>68</sup>

## 10. DANO MORAL

### 10.1. Prova do dano moral:

A causação de dano moral independe de prova, ou melhor, comprovada a ofensa moral o direito à indenização desta decorre, sendo dela presumido.

Desse modo a responsabilização do ofensor origina-se do só fato da violação do *neminem laedere*.

Significa, em resumo, que o dever de reparar é corolário da verificação do evento danoso, dispensável, ou mesmo incogitável, a prova do prejuízo.

Contudo a assertiva acima feita comporta esclarecimentos, senão temperamentos, pois a afirmação de que o dano moral independe de prova decorre muito mais da natureza imaterial do dano do que das *quaestionis facti*.

---

<sup>66</sup>. JOSÉ DE AGUIAR DIAS. *Da Responsabilidade Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 225.

<sup>67</sup>. YUSSEF SAID CAHALI. *Dano e Indenização*, cit., p. 136.

<sup>68</sup>. JORGE MOSSET ITURRASPE. *Da Responsabilidad por Daños* Buenos Aires: Ediar, 1971, v. 2, p. 771.

Explica-se: Como o dano moral é, em verdade, um “não dano”, não haveria como provar, quantificando, o alcance desse dano, como ressuma óbvio.

Sob esse aspecto, porque o gravame no plano moral não tem expressão matemática, nem se materializa no mundo físico e, portanto, não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não se pode falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material.

Mas não basta a afirmação da vítima de ter sido atingida moralmente, seja no plano objetivo como no subjetivo, ou seja, em sua honra, imagem, bom nome, intimidade, tradição, personalidade, sentimento interno, humilhação, emoção, angústia, dor, pânico, medo e outros.

Impõe-se que se possa extrair do fato efetivamente ocorrido o seu resultado, com a ocorrência de um dos fenômenos acima exemplificados.

Ou seja, não basta, *ad exemplum*, um passageiro alegar ter sido ofendido moralmente, em razão do extravio de sua bagagem, ou do atraso no voo, em viagem de férias que fazia, se todas as circunstâncias demonstram que tais fatos não o molestaram, nem foram suficientes para atingir um daqueles sentimentos d’alma, nem criou óbice às suas férias.

A só devolução de um cheque pela instituição financeira ou o protesto de um título de crédito já pago nem sempre tem força suficiente para denegrir a imagem de uma empresa ou para ofender sua honra objetiva, enodoando seu prestígio perante o público.

Há casos em que tais fatos, porque esclarecidos e corrigido o equívoco com presteza e eficácia e diante da retratação cabal, imediata e completa do ofensor, sequer chegam ao conhecimento de terceiros ou causam reflexos negativos.

Os autores GABRIEL STIGLITZ e CARLOS ECHEVESTI<sup>69</sup>, citados por ANTONIO JEOVÁ SANTOS, expõem que: “Diferente do que ocorre com o dano material, a alteração desvaliosa do bem-estar psicofísico do indivíduo deve apresentar certa magnitude para ser reconhecida como prejuízo moral. Um mal-estar trivial, de escassa importância, próprio do risco cotidiano da convivência ou da atividade que o indivíduo desenvolva, nunca o configurará. Isto quer dizer que existe um ‘pisso’ de incômodos,

---

<sup>69</sup>. GABRIEL STIGLITZ e CARLOS ECHEVESTI. *Responsabilidade civil*, p. 243, apud Antonio Jeová Santos. *Dano moral indenizável*. 1. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

inconvenientes ou desgostos a partir dos quais este prejuízo se configura juridicamente e procede sua reclamação”.

De sorte que o mero incômodo, o enfado e desconforto de algumas circunstâncias que o homem médio tem de suportar em razão do cotidiano não servem para a concessão de indenizações, ainda que o ofendido seja alguém em que a suscetibilidade aflore com facilidade<sup>70</sup>, ao contrário da mãe que perde o único filho, ainda, infante ou o seu marido, de forma trágica, cujo sofrimento, angústia, dor e desolação decorrem da natureza das coisas (está *in re ipsa*) e dispensam comprovação, posto que presumíveis, caracterizando dano moral e impondo compensação.

Observa WLADIMIR VALLER que, “em alguns casos, como na hipótese de ofensa à honra, por calúnia, difamação ou injúria, o dano moral está ínsito na ofensa e dessa forma se prova por si. O dano moral emerge *in re ipsa* das próprias ofensas cometidas, sendo de difícil, para não dizer impossível, averiguação. Em outras hipóteses, entretanto, a prova do dano moral está submetida ao regime geral das provas, de modo que o ônus da prova incumbe a quem alega ter sofrido o dano moral (art. 333, I, do CPC). Fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente – *allegatio et non probatio, quasi non allegatio*”.<sup>71</sup>

Significa dizer, em resumo, que o dano em si, porque imaterial, não depende de prova ou de aferição do seu *quantum*. Mas o fato e os reflexos que irradia, ou seja, a sua potencialidade ofensiva, dependem de comprovação ou pelo menos que esses reflexos decorram da natureza das coisas e levem à presunção segura de que a vítima, face às circunstâncias, foi atingida em seu patrimônio subjetivo, seja com relação ao seu *vultus*, seja, ainda, com relação aos seus sentimentos, enfim, naquilo que lhe seja mais caro e importante.

Mas impõe-se esclarecer que este nosso posicionamento encontra forte resistência das 3<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> Turmas do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Ao que parece, ganhamos, contudo, reforço *de lege lata* pois o art. 949 do Código Civil de 2002, ao tratar das lesões corporais, concedeu à vítima o direito à reparação dos

---

<sup>70</sup>. ANTONIO JEOVÁ SANTOS. *Dano moral indenizável*. 1. ed. São Paulo: Lejus, 1997, p. 36.

<sup>71</sup>. WLADIMIR VALLER. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. 2. ed. Campinas: E. V. Editora Ltda., 1994, p. 309-310.

danos materiais, no que se refere às despesas de tratamento e os lucros cessantes, “*além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido*”.

Ora, a expressão “algum outro prejuízo” não está se referindo somente a prejuízo de ordem patrimonial, mas também de natureza moral, pois não distinguiu, valendo a surrada máxima no sentido de que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo.

Mas essa ocorrência de dano moral ficou condicionada à prova por parte do ofendido, como expressamente disposto na parte final da referida norma.

Se assim é, essa necessidade de prova do dano moral também é exigida na hipótese do art. 948 (homicídio) quando estabelece em *numerus clausus* as verbas devidas, mas “sem excluir outras reparações”.

Insista-se, porém, que essa exigência só se justifica quando a ofensa moral não decorra logicamente da própria ofensa, quer dizer, quando não esteja *in re ipsa*, ou não se apresente *icto oculi*, como antes enfatizado.

## **10.2. Cumulação de indenizações: o sistema restritivo do Código Civil Brasileiro:**

I – Não se poderá falar em dano moral sem lembrar que o Código Civil Francês, por força de acréscimo posterior (Lei 70-589, de 9 de julho de 1970), faz menção expressa não só à proteção da intimidade e da vida privada, como, ainda, estabelece medidas para fazer cessar a ofensa, sem prejuízo da reparação do dano.

É o que prescreve o art. 9º, com a seguinte redação:

*Les juge peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé*” **(Os juízes podem, sem prejuízo da reparação do dano suportado, prescrever todas as medidas, tais como seqüestro, penhora e outras, especialmente para impedir ou**

**fazer cessar um atentado à intimidade da vida privada; tais medidas podem, se houver urgência, ser apressadas).**

Como se verifica, a preservação da imagem ou do *vultus* das pessoas alcançou *status* de prioridade no Código Napoleão, bem como nas legislações mais avançadas de outras nações como, por exemplo, na Itália, pois o art. 7º do Código Civil Italiano permite ao titular do direito ao uso do nome requerer a cessação das atividades que impeçam o exercício do seu direito, de modo a possibilitar a inibição do uso ilegítimo do nome por outrem (Art. 7º – “**Tutela del diritto al nome.** — *La persona, alla quale si contesti il diritto all’uso del proprio nome o che possa risentire pregiudizio dall’uso che altri indebitamente ne faccia, può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo, salvo il risarcimento dei danni. L’autorità può ordinare che la sentenza sia pubblicata in uno o più giornali*”).

E também no Brasil (art. 5º, inciso X da CF/88 e arts. 11 a 21 do CC/2002), sendo certo que o art. 273 do CPC permite a concessão de tutela antecipada para fazer cessar a ofensa, preceito esse que encontra símile na *réfere provision*, instituída no Direito francês pelo Decreto n.º 1.122, de 17.12.73 e hoje disciplinada no art. 809 do *Code de Procédure Civil*, dispondo que “no caso da existência da obrigação não ser seriamente contestável pode ser concedida ao credor uma provisão ou determinada a execução de uma obrigação, mesmo que se trate de obrigação de fazer”.

Em França, como visto, a tutela visando proteções que tais ganhou foros de exclusividade, resguardando-se a privacidade das pessoas e a preservação de sua imagem como bem da vida e direito fundamental, a ponto de permitir toda e qualquer medida — ainda que antecipada — para seu amparo efetivo.

**II** – Em princípio, as indenizações são cumuláveis.

Pacificado, hoje, o entendimento de que o dano moral é indenizável e afastadas as restrições, o preconceito e a má vontade que a doutrina pátria e alienígena impunham à tese, com o advento da nova ordem constitucional (CF/88), nenhum óbice se pode, *a priori*, antepor à indenizabilidade cumulada.

É o caso concreto que irá definir quando a cumulação é ou não possível.

A cumulação de indenizações por dano moral e material, como dito, não encontra restrição ontológica.

Contudo, comporta exame caso a caso.

Não se pode deixar de registrar que a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal opunha resistência a essa cumulação, ao contrário do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que sempre se mostrou favorável à tese, consagrando esse entendimento no verbete da Súmula n. 37.

Como anotou CARLOS ROBERTO GONÇALVES, “a doutrina, com maior coerência, já vinha preconizando a reparação do dano puramente moral, admitindo a sua cumulação com a do dano material”.<sup>72</sup>

Os próceres da inacumulatividade sustentam-se em falsa premissa e evidente erro conceitual e de perspectiva para negar o cúmulo. Entendem, inadequadamente, que somente cabe reparação por dano moral quando essa ofensa possa ser dimensionada economicamente.

Ora, como advertiu FRANCESCO MESSINEO, se o ato ilícito, a um só tempo, diminui a aptidão laborativa da vítima e lhe atinge a honra, fere dois distintos círculos, justificando *il cumulo di danni materiali e morali*.<sup>73</sup>

Precisa, aliás, a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, quando observa: “Admitir, todavia, que somente cabe reparação moral quando há um dano material é um desvio de perspectiva. Quem sustenta que o dano moral é indenizável somente quando e na medida em que atinge a patrimônio está, em verdade, recusando a indenização do dano moral. O que é preciso assentar, e de maneira definitiva, como faz WILSON MELO DA SILVA<sup>74</sup>, é que “na ocorrência de uma lesão, manda o direito ou a equidade que se não deixe o lesado ao desamparo de sua própria sorte”.<sup>75</sup>

Desse entendimento comungam RUBENS LIMONGI FRANÇA<sup>76</sup>; ANTONIO LINDBERGH C. MONTENEGRO<sup>77</sup>; MÁRIO MOACYR PORTO<sup>78</sup> e YUSSEF CAHALI.<sup>79</sup>

---

<sup>72</sup>. CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 396.

<sup>73</sup>. FRANCESCO MESSINEO. *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano, 1958, v. 5, § 169, p. 643.

<sup>74</sup>. WILSON MELO DA SILVA. *O dano moral e sua reparação*. 1993, n. 237, p. 561.

<sup>75</sup>. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. *Responsabilidade Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 55-56.

<sup>76</sup>. RUBENS LIMONGI FRANÇA. *Reparação do dano moral*. *Revista dos Tribunais*, v. 631, p. 32.

Fundamental e colocadas com absoluta exaço as ponderações do notável professor e autor WALTER MORAES: “O que se chama de dano moral é, não um desfalque no patrimônio, nem mesmo a situação onde só dificilmente se poderia avaliar o desfalque, senão a situação onde não há ou não se verifica diminuição alguma. Pois se houve diminuição do patrimônio, ou se difícil ou mesmo impossível avaliar com precisão tal diminuição, já há dano, e este pode ser estimado por aproximação (art. 1.553 [atual art. 946]); e logo será supérflua a figura do dano moral”.<sup>80</sup>

Mesmo em passado longínquo, CLÓVIS BEVILÁQUA, brilhante e visionário, já ressalvava que em se tratando de “ferimentos que produzam aleijões ou deformidade, admissível é considerar o dano patrimonial e o moral”.<sup>81</sup>

Lembrou com oportunidade CARLOS ROBERTO GONÇALVES o importante reforço à tese da cumulatividade das indenizações por danos patrimoniais e morais dado pelo Código de Defesa do Consumidor, posto a lume pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, à qual se tem dado pouca importância e atenção, embora tenha ela inaugurado uma nova era no conceito integral de responsabilidade em nosso Direito, expungindo do ranço do passado.

Esclareceu: “como o art. 6.º, VI, do Código de Defesa do Consumidor diz ser direito básico do consumidor ‘a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos’, não resta mais nenhuma dúvida sobre a cumulatividade das indenizações por danos patrimoniais e morais causados ao consumidor”.<sup>82</sup>

“A nova sistemática veio pôr fim a antiga discussão que se formou em virtude de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, conquanto admitida a indenização pelo dano moral, não permite a cumulação dela com a indenização pelo dano patrimonial. A conjuntiva ‘e’, ao invés da disjuntiva ‘ou’, do art. 6.º, VI, do referido Código deixa

---

<sup>77</sup>. ANTONIO LINDBERGH C. MONTENEGRO. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Anaconda Cultural, 1986, p. 267, n. 121.

<sup>78</sup>. MÁRIO MOACYR PORTO. *Temas de responsabilidade civil*. São Paulo: Ed. RT, 1989, p. 47.

<sup>79</sup>. YUSSEF CAHALI. *Dano e indenização*. São Paulo: Editora RT, 1980, p. 122.

<sup>80</sup>. WALTER MORAES. *Revista dos Tribunais*, v. 650, p. 65 (TJSP, 2ª C., Ap. 113.190-1, j. 28.11.89).

<sup>81</sup>. CLÓVIS BEVILÁQUA. *Código Civil*, v. 5, p. 322.

<sup>82</sup>. CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Ob. cit.*, p. 399.

expressa a possibilidade de haver cumulação das indenizações por danos morais e patrimoniais ao direito do consumidor”.<sup>83</sup>

**III** – Não obstante tanto quanto ficou exposto, o art. 953 do Código Civil de 2002 dispõe:

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

Portanto, por força da redação do referido art. 953 do CC/2002, “a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido”.

Ressalva o parágrafo único que “se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.

Como se verifica, a redação não é muito clara, pois o *caput* estabelece a reparação do dano material, que se traduz em mera expressão matemática, enquanto o parágrafo sugere que, se não for possível provar prejuízo material, o juiz fixará o valor da indenização na conformidade das “circunstâncias do caso”, expressão um tanto quanto vaga.

Mas, indaga-se, qual “indenização” pode decorrer das circunstâncias do caso concreto ou do fato material, se não se lograr provar dano de natureza patrimonial?

Segundo nos parece, insinua-se a possibilidade de dano moral, mas a redação do artigo não assume que se trata de compensação dessa ordem.

Lembre-se, apenas para efeito histórico, que a maioria dos doutrinadores vislumbrou no parágrafo único do antigo art. 1.547 do Código revogado um caso de indenização por dano moral (cf. PONTES DE MIRANDA<sup>84</sup>; SILVIO RODRIGUES<sup>85</sup>;

---

<sup>83</sup>. NELSON NERY JUNIOR. *Revista do Advogado*, v. 33, p.79.

<sup>84</sup>. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, v. 26, n. 3.108, p. 32.

<sup>85</sup>. SILVIO RODRIGUES. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 35.



WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO<sup>86</sup>; YUSSEF CAHALI<sup>87</sup>; AGUIAR DIAS<sup>88</sup>, ou seja, se o ofendido não pudesse provar prejuízo material, teria direito de pleitear “o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva, como reparação do dano moral” (redação do preceito revogado).

Dizia CARLOS ROBERTO GONÇALVES, em edição anterior de sua obra, que a insignificância do valor da multa reforça a convicção de que cogitou o legislador de uma punição de caráter moral ao ofensor.<sup>89</sup>

Contudo, na edição seguinte reparou o minúsculo pecadilho cometido, ao referir-se “à insignificância do valor da multa”, posto que insignificante não era.<sup>90</sup>

Com o advento do Código Civil de 2002, o art. 953 abandonou o sistema do Código revogado, no que se refere à indenização. Este estabelecia que a reparação por ofensa à honra deveria corresponder ao dano que resultasse da ofensa, desde que comprovado. Alternativamente, não sendo possível comprovar dano material, o parágrafo único do antigo art. 1.547 determinava o pagamento “do dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva”, solução que deu ensanchar a dúvidas, discussões e perplexidades.

No novo Código Civil, o *caput* do art. 953 guardou a mesma redação da norma revogada, apenas acrescentando a difamação, como não poderia deixar de fazê-lo. Contudo, manteve o sistema de prever a reparação apenas material do dano que resultar ao ofendido em decorrência de comportamento calunioso, difamante ou injuriante.

No parágrafo único o art. 953 inovou, com a seguinte dicção: “se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.

Dúvida não resta de que ali se estabeleceu sistema de reparação do dano moral, pois incidirá o parágrafo – como regra subsidiária – apenas se o ofendido “não puder provar prejuízo material”. É, portanto, uma forma de compensação pela ofensa, desde que não se comprove dano material.

---

<sup>86</sup>. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 444.

<sup>87</sup>. YUSSEF SAID CAHALI. *Dano e indenização*. São Paulo: Ed. RT, 1980, p. 87.

<sup>88</sup>. JOSÉ DE AGUIAR DIAS. *cit.*, n. 237, p. 820.

<sup>89</sup>. CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Ob. cit.*, p. 38.

<sup>90</sup>. CARLOS ROBERTO GONÇALVES. *Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 40-41.

Mas caberá ao intérprete, ainda assim, através de esforço exegético e não por virtude e clareza do legislador, assentar esse entendimento no sentido de que, ausente dano material, impõe-se analisar se a ofensa atingiu bens imateriais, como a honra, a imagem, o bom nome da pessoa; se houve degradação infamante ou se foi submetida a vexame ou ridículo. Havendo ofensa, a *parte subjecti* obriga-se a admitir a imposição de sanção a título de compensação por dano moral.

Ainda que assim se proceda, mesmo que se faça essa justa e adequada interpretação ampliativa, as reparações por injúria, difamação ou calúnia (art. 953) e por ofensa à liberdade pessoal (art. 954) continuarão restritivas e em desconformidade com a Constituição Federal e a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, que permite a cumulação de indenizações por dano material e moral, sendo certo, contudo, que a dicção do preceito *sub examine* – caso valha por ele mesmo – leva à conclusão de que se dará apenas uma ou outra das reparações previstas.

Como se verifica, esses dispositivos insinuam a possibilidade de “outra indenização”, apenas no caso em que “**o ofendido não puder provar prejuízo material**”.

Ou seja, provado prejuízo material, repara-se o dano resultante da ofensa (*caput* do artigo), estabelecendo, contudo, o parágrafo único do mesmo artigo 953 que apenas na hipótese de não se provar o prejuízo material é que o juiz poderá passar à segunda fase e fixar um valor, a título de indenização, “conforme as circunstâncias do caso”.

Caberá aos tribunais a importante tarefa de assentar o entendimento mais consentâneo com a realidade e a necessidade de pacificação social, com a premissa de que se a Constituição Federal assegurou a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, ou seja, se repudia as ofensas contra a honra *in genere*, assegurando indenização pelo dano material e moral decorrente da violação (art. 5.º, inciso X), a cumulação de indenizações, independentemente da restrição feita no Código Civil, encontra fundamento e legitimação naquela Carta de Princípios.

Portanto, cabe reiterar, o dispositivo legal merece críticas veementes, na medida em que demonstra clara intenção do legislador de limitar a possibilidade de composição dos danos.

Ressuma claro que o objetivo do preceito foi conceder **ou uma, ou outra** das reparações possíveis, ou seja: permite a reparação do dano material, se este restar

comprovado, hipótese em que, segundo a disposição legal, não terá lugar a composição do dano moral. Este, por sua vez, só é admitido, estabelecendo-se a compensação da ofensa moral, caso não se comprove o dano material.

Criou-se um critério automático de exclusão, odioso e tendencioso, refletindo um entendimento de antanho, quando a possibilidade de reparação por dano moral era mal recebida e até execrada por certo segmento da comunidade jurídica.

Poder-se-ia dizer, em palavras mais rudes e menos técnicas, que, nessa parte, o Código Civil postou-se na contramão da história.

Nos aspectos técnico, jurídico e dogmático, ou seja, no plano principiológico, entretanto, afronta a Carta Magna, que assegurou a inviolabilidade da honra, o direito de resposta e a indenização por dano material e moral, sem excluir qualquer deles (CF/88, art. 5.º, incisos V e X), como pretendeu fazer o art. 953 do Código Civil.

Ora, não se pode aceitar pacificamente a redação restritiva do parágrafo único do art. 953, posto que desprovido de sentido lógico.

Como não se desconhece, a honra é um dos atributos da personalidade e se conecta à imagem da pessoa perante a sociedade e perante si mesma. A imagem é, portanto, a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana; é a emanção da própria pessoa; é o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam.

A sua transgressão e ofensa, antes de causar qualquer dano material, já pressupõe ofensa moral. Não há calúnia, difamação ou injúria sem que o comportamento ultrajante tenha poder de atingir a honra e a imagem da pessoa, enquanto partes substanciais do direito de personalidade. Ofender a honra é o mesmo que ofender a moral ou o patrimônio subjetivo da pessoa. E, nesse caso, basta o comportamento ultrajante para caracterizar a ofensa moral, independentemente de qualquer comprovação.

Portanto, a calúnia, a difamação e a injúria podem eventualmente não causar dano material, mas só terão existência e estarão caracterizadas se causarem ofensa à honra, pois esta é o seu substrato. E desonrar é o mesmo que desmoralizar. A desmoralização, por sua vez, é a fonte do dano moral e com ele se confunde.

Então, se o dano moral é decorrência lógica e natural da ofensa à honra, dispensa comprovação, ou seja, emerge *in re ipsa* do agravo sofrido e será sempre devido. Caso, além do dano moral, se identifique e comprove prejuízo de ordem patrimonial em razão do

mesmo comportamento ofensivo, então impõe-se a cumulação das reparações, cabendo ressaltar a sobrevivência e atualidade da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

Como, então, poderia a lei civil dispor que esses ilícitos só empenham reparação de ordem material e, só subsidiária e alternativamente, na hipótese de não se identificar prejuízo patrimonial, é que se repara moralmente, sem demonstrar contradição lógica?

Identifica-se no art. 953 do Código Civil verdadeira *contraditio in terminis*.

Segundo anotação de YUSSEF CAHALI, os tribunais têm concedido, sistematicamente, desde que verificado o pressuposto da culpabilidade, reparação do dano moral em favor do ofendido.<sup>91</sup>

#### 11. PENSÃO MENSAL CONVERTIDA EM PARCELA ÚNICA (CCB, ART. 950, PAR. ÚNICO)

I – O Código Civil de 2002 previu, em duas hipóteses distintas, a concessão de valor mensal ou prestação de trato sucessivo aos beneficiários da vítima falecida ou à própria vítima que tenha sofrido lesão incapacitante, ou seja, defeito pelo qual não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou tenha a sua capacidade de trabalho reduzida.

Isto porque, no art. 948, em caso de homicídio, além de outras reparações, deverá o ofensor prestar “alimentos” a quem o morto os devia.

Por sua vez, segundo a dicção do art. 950, se da ofensa resultar incapacidade total ou parcial para o trabalho, a vítima terá direito a uma pensão correspondente ao valor que auferia antes do infortúnio.

Deve-se convir que ambas as hipóteses são de pensionamento mensal, seja aos dependentes do morto, seja à própria vítima, de modo que a utilização das expressões “alimentos” no art. 948 e “pensão” no art. 950 não significa que haja diferença ontológica e substancial entre uma e outra. Ambas têm característica de prestação alimentícia.

Não obstante, apenas para a segunda hipótese (pensão à pessoa incapacitada para o trabalho) o parágrafo único do art. 950 estabeleceu que “o prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

---

<sup>91</sup>. YUSSEF SAID CAHALI. *Dano e indenização*. São Paulo: Editora RT, p. 90.

A observação primeira que o estudo comporta é no sentido de que, se para a hipótese de lesão incapacitante a própria vítima pode “exigir” que, ao invés de pensão mensal e periódica, seja a indenização arbitrada e paga de uma só vez, também na hipótese de homicídio os dependentes da prestação alimentícia, a que se refere o inc. II do art. 948, podem, do mesmo modo, fazer a mesma opção.

Não é apenas uma questão de lógica jurídica, mas também de igualdade, na consideração de que “*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*” (onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito).

Trata-se, como se verifica, de hipótese inédita não prevista no Código Civil de 1916 e que tanto a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>92</sup>, como da Corte Suprema, havia repellido na vigência desse estatuto revogado, com supedâneo na Súmula n. 490.<sup>93-94</sup>

Aliás, a inovação causa inicialmente grande perplexidade, ante as conseqüências que, desde logo, podem ser vislumbradas ou antevistas.

Mas se *legis habemus*, não se pode negar-lhe vigência, impondo-se buscar sua adequada interpretação e as alternativas que sugere.

## II – Para melhor equacionamento do problema invoca-se um exemplo.

Suponha-se uma pessoa vítima de atropelamento por culpa do motorista que dirigia embriagado, sem habilitação, trafegando na contramão de direção e em alta velocidade. Do acidente restaram lesões que tornaram a vítima impossibilitada para o trabalho, pois teve incapacidade total e permanente.

À época do acidente esta vítima recebia um salário de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e tinha 20 anos de idade. Considerando que, atualmente, a expectativa de vida, segundo o INSS e o IBGE é de cerca 70 anos e, ademais, nas hipóteses de incapacidade permanente a pensão deve ser paga enquanto a vítima viver, a pensão a que se refere a norma teria de ser

---

<sup>92</sup>. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: 4.<sup>a</sup> T., REsp., Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 12.06.1990, RSTJ 17/391.

<sup>93</sup>. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: 1a T., RE, Rel. Min. Oscar Corrêa, j. 07.05.1985, RT 604/263.

<sup>94</sup>. O verbete da Súmula 490 do STF dispõe: “A pensão correspondente a indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário-mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores”.

paga, pelo menos, durante 50 anos, ou o correspondente a seiscentos meses, caso não se entenda que o pensionamento é vitalício.

Multiplicando-se o salário da vítima pelo número de meses teremos:  $2.000 \times 600 = \text{R\$ } 1.200.000,00$  (um milhão e duzentos mil reais), ou aproximadamente, 400.000 (quatrocentos mil) dólares americanos.

Ora, pouquíssimas pessoas terão capacidade econômica para tal desembolso de uma só vez.

Ademais, ao longo desses cinquenta anos tanto a vítima como aquele que tem a obrigação de indenizar poderão falecer.

Vindo a falecer o alimentante em primeiro lugar e não deixando bens ou herdeiros, cessa a obrigação.

Falecendo antes a vítima, também cessa a obrigação, pois o direito à pensão por invalidez tem natureza alimentar e, portanto, não se transmite aos herdeiros ou a qualquer dependente, na consideração, ainda, de que o fato gerador da prestação mensal é justamente a incapacidade para o trabalho.

Poderá, também, ocorrer de o obrigado pelo pagamento da pensão tornar-se insolvente tempos depois, sem condição de honrar sua dívida mensal.

Do que se infere que a conversão de pensão mensal em pagamento único e antecipado traduz enorme inconveniente e pode levar o ofensor à insolvência e à ruína.

Mas não é só.

Caso a interpretação que se faça do preceito seja no sentido de que o prejudicado pode exigir o pagamento antecipado e em uma só parcela e, então, a alternativa se traduz em direito absoluto (tese com a qual não podemos concordar), hipótese em que a vítima, no caso do exemplo dado, receberá nada menos do que  $\text{R\$ } 1.200.000,00$ , importância que, aplicada no mercado financeiro, ou em caderneta de poupança, renderá aproximadamente 1% ao mês, ou seja,  $\text{R\$ } 12.000,00$  (doze mil reais)

Portanto, receberá mensalmente um valor seis vezes maior do que a parcela mensal de  $\text{R\$ } 2.000,00$  que corresponderia à pensão mensal.

Ora, produzindo esse capital (rendimento seis vezes maior do que o valor da pensão) haverá enriquecimento ilícito da vítima, o que não se há de admitir.

É vedado esquecer ou olvidar que o conceito de alimento é a sua reiteração ao longo do tempo, a possibilidade de proporcionar ao alimentando as necessidades básicas para a sua sobrevivência e não enriquecê-lo ou lhe proporcionar mais do que obteria com a sua própria força de trabalho, com sobras para futilidades ou aquisição de bens não indispensáveis.

Há que se considerar, também, que a indenização tarifada, de uma só vez, encerra duplo inconveniente: a) pesa na economia e planejamento de qualquer um, dificultando o desembolso por parte do devedor, mais das vezes tornando-o insolvente ou obrigando-o a dilapidar seu patrimônio ou sacrificar o próprio sustento e de sua família, e b) pouco representa ao credor, quase sempre tentado a utilizar o montante havido por inteiro, na aquisição de bens materiais supérfluos ou na sua consumação aleatória irresponsável, dissipando em pouco tempo o capital recebido.

**III** – Mas a redação do preceito sob exame pode levar a uma outra interpretação.

O referido parágrafo único do art. 950 do Código Civil preceitua:

Art. 950. ....

“Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez”.

Considerando que a palavra “arbitrar”, segundo o **Dicionário Aurélio**, significa em seu sentido vulgar “determinar”, “fixar por arbítrio”, “decidir”, “resolver seguindo a própria consciência”, “atribuir judicialmente” e “julgar como árbitro”, ou conforme o **Dicionário Hauaiss**: “estabelecer”, “prescrever” e, ainda, segundo DE PLÁCIDO E SILVA, representa, em seu sentido jurídico, “o procedimento que se usa para solução de litígios ou divergências entre duas ou mais pessoas”<sup>95</sup> e, portanto, apresenta sentido polissêmico, pode-se entender que o parágrafo único do artigo permite que – exercida a preferência por parte da vítima e exigindo ela que a “indenização” (e não mais a pensão mensal) seja paga de uma só vez – este valor representativo de verba com característica

---

<sup>95</sup>. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 4, p. 184.

alimentar (e, portanto, lucro cessante que se amolda ao dano material) se converta em dano moral.

Assim ocorrendo, ao fazer a opção, o ofendido renuncia aos lucros cessantes (pensão mensal) e aceita que a indenização seja arbitrada pelo magistrado como reparação moral. Neste caso, não havendo qualquer parâmetro preestabelecido, o julgador fixará o *quantum* segundo o seu prudente critério, podendo reduzir aquele valor originariamente correspondente ao salário da vítima multiplicado pelos meses de sobrevivência, para qualquer coisa que seja factível e razoável, posto que convertido em mera compensação.

Mas essa exegese traz mais inconvenientes do que vantagens.

A uma, porque o art. 950, *caput*, assegurou à vítima que sofreu redução parcial ou total na sua capacidade de trabalho, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, uma pensão que corresponda ao mesmo valor que antes do infortúnio auferia pelo exercício de sua atividade profissional, na proporção da incapacidade adquirida.

Ora, essa pensão é a mesma concedida aos dependentes da vítima de homicídio a que se refere o art. 948 do mesmo Código, mas ali denominada “alimentos”.

Significa que também a pensão tem caráter alimentar. E os alimentos, embora possam ser objeto de transação ou acordo, são irrenunciáveis, posto que sem eles a pessoa não sobrevive.

O art. 1.707 do Código Civil estabelece que o credor pode não exercer o seu direito; porém, lhe é vedado renunciar aos alimentos.

YUSSEF CAHALI é enfático: “o direito de alimentos é irrenunciável”, afirmando tratar-se de princípio de aceitação tranqüila na doutrina<sup>96</sup>, adotado na legislação de inúmeros países, como no Código Civil argentino (art. 374), no BGB, § 1.614, na Alemanha, no Código Civil do México (art. 321) e de Portugal (art. 2.008).

Então, a duas, não parece possível que o ofendido renuncie à pensão mensal de caráter alimentar, para receber um valor aleatório, reduzido pelo magistrado e pago de uma só vez a título de dano moral.

Também não se pode deixar de considerar que, embora o art. 950 do Código Civil seja omissivo, nada impede que as verbas que prevê apenas exemplificativamente, inclusive a

---

<sup>96</sup>. YUSSEF CAHALI. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 1998, p. 55.



pensão mensal, sejam cumuladas com o dano moral, na consideração de que se este é cabível nas hipóteses de lesão corporal leve ou grave, mas não incapacitante, nada justifica que não se o admita nas lesões corporais graves que importem em incapacidade permanente para o trabalho e produzam na vítima uma lesão estética, como o aleijão ou a deformidade, causando-lhe vergonha, timidez, isolamento e sofrimento.

É que o art. 949, que prevê a indenização no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, concede as verbas que especifica, mas deixa evidenciado que as estabelece “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” (cf. a redação final do artigo). Este prejuízo pode ser de ordem moral.

Então, renunciando o ofendido à pensão, posto convertida em dano moral, além da possibilidade de fixação de um valor sensivelmente reduzido, estará, por via oblíqua, renunciando também ao verdadeiro dano moral que poderá advir das lesões suportadas.

Com essas ponderações, quer parecer que a alternativa posta em evidência não se mostra adequada.

**IV – Impõe-se, ainda, trazer à meditação um outro aspecto que o estudo sugere.**

Para garantir o pagamento de parcelas fixadas para o futuro, como sói acontecer com a pensão mensal alimentar, o art. 602 do Código de Processo Civil assim dispõe:

Art. 602. Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento.

Portanto, para assegurar o pagamento das parcelas de trato sucessivo a lei processual prevê a constituição de um capital, ou seja, a vinculação de um valor que assegure rendimento igual à pensão estabelecida.

Como conciliar este preceito com o sistema antagônico estabelecido no parágrafo único do art. 950 do Código Civil?

Em artigo de doutrina MISAEL MONTENEGRO FILHO vislumbra “um conflito legislativo”, pois, segundo afirma, “de um lado a lei processual afasta o pagamento da

indenização de uma única vez, determinando a constituição de uma garantia; de outro, a lei civil determina que a indenização, se assim for requerido pelo ofendido, seja quitada de uma única vez”.

Em seguida indaga qual das duas normas deve prevalecer, trazendo a seguinte resposta, *in verbis*:

“A norma a prevalecer é a do art. 602 do CPC (...), pois a discussão em tela não se refere mais ao direito da parte de obter ou não a reparação; já havendo sido deferida essa pretensão através de prévio processo de conhecimento. O que estamos falando aqui é da *materialização da condenação*, vale dizer, de questões processuais (...). Estamos, portanto, falando de execução da sentença, do julgado que constituiu o direito ao recebimento da indenização, incluindo-se alimentos em favor do vitimado. Se a norma, determinando o pagamento da indenização de uma só vez ou mediante a constituição de capital, é de natureza processual, obrigatória a aplicação do art. 620 do CPC que dispõe: ‘Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor’<sup>97</sup>.

Realmente, as ponderações do nobre articulista devem ser consideradas. O parágrafo único do art. 950 do Código Civil está em descompasso e em litígio ou confronto com o art. 602 do Código de Processo Civil e com o princípio da execução menos gravosa para o executado (art. 620).

Não havendo como afirmar a revogação de um pelo outro, tratando-se apenas de conflito de normas, impõe-se buscar a harmonização dos preceitos segundo critérios de pacificação e acomodação, lançando mão do bom senso, da equidade e de outros subsídios subministrados por princípios consagrados.

V – Pode-se, então, *de lege lata*, preconizar mais de uma solução.

Caso o julgador entenda que a norma do art. 602 do Código de Processo Civil prevalece sobre o parágrafo único do art. 950 do Código Civil, fixará a pensão mensal e determinará a constituição de um capital suficiente para render o valor correspondente, ou determinará que a vítima seja incluída na folha de pagamento da pessoa jurídica, se for de

---

<sup>97</sup>. MISAEL MONTENEGRO FILHO. *Responsabilidade civil no novo Código Civil brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 229, p. 119, jul.-set./2002.

direito público, autarquia, sociedade paraestatal ou, se for de direito privado, tiver saúde financeira suficiente para honrar a obrigação.

Entretanto, entendendo que a lei civil concedeu direito absoluto ao ofendido de optar pelo pagamento do valor integral da pensão de uma só vez, quer parecer que a opção e o pedido deverão ser formulados na petição inicial, devendo o réu na ação de reparação de dano manifestar-se antes de proferida a sentença, se concorda com a pretensão, para a eventual hipótese de a decisão lhe for desfavorável.

Proferida a sentença, segundo parece, não mais será possível na fase de execução pretender que a pensão mensal seja convertida em valor único.

Na sentença de mérito o magistrado deverá decidir se prevalece a pensão mensal periódica ou, caso o réu tenha condições econômicas e financeiras para suportar o pagamento de uma só vez – prova essa que compete ao ofendido e autor da ação – fixará um *quantum* que, caso fosse aplicado no mercado financeiro, renderia exatamente o valor da pensão mensal, para evitar o enriquecimento ilícito, de sorte a manter o poder aquisitivo da pensão devida e, assim, respeitar o direito aos alimentos no exato valor daquilo que a vítima percebia antes de incapacitar-se.

Evidentemente que, mesmo após a sentença de mérito e o trânsito em julgado da decisão, as partes podem transigir e fazer acordo, levando-o à homologação do juízo.

Como se verifica, a questão não é de fácil equacionamento.

Caberá à doutrina contribuir e, principalmente aos tribunais, solucionar e encontrar a exegese que melhor atenda aos anseios de justiça e de proteção da vítima, para que obtenha a justa reparação e do ofensor, para que não seja reduzido à insolvência, perdendo a capacidade de adimplir.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

**AGUIAR DIAS, José de.** *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2.

**ALVES, João Luís.** *Código Civil Anotado*, comentários ao art. 1.523.

**ALVIM, Agostinho.** *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

**AMARAL, Francisco.** *Os atos ilícitos. O novo Código Civil – Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. Coord. Domingos Franciulli Netto, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins Filho. São Paulo: LTr, 2003.

**BADINTER, Roberto.** *Le plus grand bien*. Paris: Fayard, 2004.

**BARROS MONTEIRO, Washington de.** *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva.

**BEVILÁQUA, Clóvis.** *Código Civil*, v. 5.

**CAHALI, Yussef Said.** *Dano e indenização*. São Paulo: Editora RT, 1980.

———. *Indenização segundo a gravidade da culpa*, **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, n. 1, p. 22, set.-dez. 1996.

**CARVALHO FILHO, Milton Paulo de.** *Indenização por equidade no novo Código Civil*, São Paulo, Ed. Atlas, 2003.

**CARVALHO SANTOS.** *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1940, v. 20.

**CASILLO, João.** *Dano à pessoa e sua indenização.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1994.

**FRAGOSO, Heleno Cláudio.** *Lições de Direito Penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1987.

**GAMA, Ricardo Rodrigues.** *Novo Código Civil brasileiro: Uma desnecessidade.* **Revista do Curso de Direito do Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal**, v. 3, n. 3, p. 160, jan.-dez./2001.

**GÓMEZ, J. Miguel lobato.** *O Código Bicentenário.* **Revista da Emerj.** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 19-23, 2004.

**GONÇALVES, Carlos Roberto.** *Responsabilidade Civil.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

———. *Responsabilidade civil.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

**ITURRASPE, Jorge Mosset.** *Da Responsabilid por Daños.* Buenos Aires: Ediar, 1971, v. 2.

**LIMA, Alvino.** *Culpa e Risco.* 2. ed. revista e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1998.

**LIMONGI FRANÇA, Rubens.** *Reparação do dano moral.* **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 631, p. 32.

**LUZ, Christine da.** *Como o Código Civil Francês se adaptou ao longo do tempo.* **Revista da Emerj – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 7, n. 26, p. 24-35, 2004.

**MARTY E RAYNAUD.** *Droit Civil.* v. 1, t. 2.

**MESSINEO, Francesco.** *Manuale di diritto civile e commerciale.* Milano, 1958, v. 5.

**MONTENEGRO FILHO, Misael.** *Responsabilidade civil no novo Código Civil brasileiro.* **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, n. 229, p. 119, jul.-set./2002.

MORAES, Walter. *Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 650, p. 65.*

**NERY JUNIOR, Nelson.** *Revista do Advogado,* v. 33, p.79.

**NONATO, Orozimbo.** *Reparação do dano por pessoa privada de discernimento.* RF, v. 83, p. 371.

**PEREIRA, Caio Mário da Silva.** *Responsabilidade civil.* 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

**PINHEIRO, Flávio César de Toledo.** *Erro de impressão ou aberração jurídica?* **Caderno Especial Jurídico – Tribuna da Magistratura,** publicação da Associação Paulista de Magistrados, Ano XIV, n. 121, jul.-ago. 2002.

**PIZARRO, Ramon Daniel.** *Daño moral.* Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1996.

**PLANIOL, Marcel e RIPERT, Georges.** *Traité élémentaire de Droit Civil.* 3. ed. Paris: LGDJ, t. 2, 1949.

**PONTES DE MIRANDA.** *Tratado de direito privado,* v. 26.

**PORTO, Mário Moacyr.** *Temas de responsabilidade civil.* São Paulo: Ed. RT, 1989.

**POTHIER.** *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas.* Rio-Paris: Ed. H. Garnier, t. 1.

**RODIÈRE, René.** *La responsabilité civile, n. 143.*

**RODRIGUES, Silvio.** *Responsabilidade civil.* 3. ed. 1979.

———. *Direito Civil.* São Paulo: Saraiva, 1975.

———. *Direito Civil: responsabilidade civil.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, v. 4, p. 27.

**SANTOS, Antonio Jeová.** *Dano moral indenizável.* 1. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

———. *Dano moral indenizável.* 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

**SANTOS, Carvalho.** *Código Civil Brasileiro Interpretado.* 2. ed. Rio de Janeiro, 1940, v. 20.

**SAVATIER, René.** *Traité de la responsabilité civile en droit français.* Paris: R. Pichon e R. Durand-Auzias, 1939 (Préface de Georges Ripert).

**SILVA, De Plácido e.** *Vocabulário jurídico.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

**SILVA, Regina Beatriz Tavares da.** *Novo Código Civil Comentado.* Coord. Ricardo Fiuza (obra coletiva). São Paulo: Saraiva, 2002.

**SILVA, Wilson Melo da.** *O dano moral e sua reparação.* Rio de Janeiro: Forense, 1993, n. 237.

**SOUDART.** *Traité générale de la responsabilité civile.* Paris, 1852.

**SOUZA, Sylvio Capanema de.** Conferência proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em 4 de junho de 2004, sob o título *A influência do Código Civil Francês no Direito Brasileiro*, por ocasião das festividades de comemoração do bicentenário do Código Civil Francês. In: **Revista da Emerj – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 7, n. 26, p. 36-51, 2004.

**STIGLITZ, Gabriel e ECHEVESTI, Carlos.** *Responsabilidade civil*, p. 243, *apud Antonio Jeová Santos, Dano moral indenizável*. 1. ed. São Paulo: Lejus, 1997.

**STOCO, Rui.** *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

#### **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

———. REsp. 171.506, RT 803/178.

———. REsp. 300.190, 4ª T., j. 24.04.2001, DJU 18.03.2002.

———. REsp., 4a T., Rel. Min. Fontes de Alencar, j. 12.06.1990, RSTJ 17/391.

#### **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:**

———. RE, 1a T., Rel. Min. Oscar Corrêa, j. 07.05.1985, RT 604/263.

**TOLEDO, Francisco de Assis.** *Princípios básicos de Direito Penal*. 2. ed. 1986.

**VALLER, Wladimir.** *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. 2. ed. Campinas-Sp.: E. V. Editora Ltda., 1994.

**VINEY, Genéviève.** *Traité de Droit Civil*, a cargo de **Jacques Ghestin**, *Les obligations*.

**ZONOBINI, Guido.** *Corso di diritto amministrativo*. 6. ed. 1950, v. 1.



**WALD, Arnoldo.** *A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e brasileiro.* Conferência proferida na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro no dia 04.06.2004. In: **Revista da Emerj – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 7, n. 26, p. 94-114, 2004.

Palestra proferida no *Seminário em Comemoração ao Bicentenário do Código Civil Francês*, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no auditório do Superior Tribunal de Justiça (Brasília-DF), no dia 27 de setembro de 2004, painel presidido pelo Ministro Edson Vidigal, Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

\* Juiz do II Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Pós-graduado em Direito Processual Civil

Autor da obra “Tratado de Responsabilidade Civil” (Ed. RT).

Disponível em:

<

[http://conline1.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos\\_fotos/bicentenario/textos/rui\\_stoco.doc](http://conline1.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/bicentenario/textos/rui_stoco.doc)> Acesso em.: 02 out. 2007.