

A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE TERCEIRO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA *

Aline Miranda Valverde Terra**

e Gustavo Tepedino***

Resumo: A mudança de perspectiva da responsabilidade civil – voltada para a tutela prioritária da vítima, e não tanto para a reprovação da conduta do ofensor – gerou profundos impactos nos seus fundamentos. Ao lado da culpa – hoje remodelada pela adoção de noção normativa, em detrimento da perspectiva psicológica ou subjetiva –, identifica-se no risco, fundamento cada vez mais relevante do dever de indenizar, a permitir a tutela de situações jurídicas que, de outro modo, restariam desguarnecidas. Nessa esteira, o Código Civil brasileiro, por opção legislativa, criou novas hipóteses de responsabilidade objetiva, que passaram a prescindir da aferição da conduta negligente, imprudente ou imperita do agente ou da violação de dever jurídico, impondo-se a reparação, em homenagem à axiologia constitucional, mesmo diante de danos (injustos) causados por atos lícitos, a exemplo do que ocorreu no âmbito da responsabilidade civil por fato de terceiro, prevista no art. 933. Diante da reiterada incidência de cada uma das hipóteses enumeradas nos incisos do referido dispositivo, tendo em vista o já referido contexto de radical transformação da dogmática tradicional, justifica-se a análise do tema, a que se dedica este estudo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Fato de Terceiro. Dever de indenizar.

Abstract: The change of perspective of civil liability - primarily addressed to the victim's protection, and not to the reproach of the offender's conduct - has caused profound impacts on its foundations. Alongside with fault - now entirely rebuilt by the adoption of a normative notion, to the detriment of the psychological or subjective perspective -, the risk is now identified as an increasingly relevant ground of the duty to indemnify, to allow the protection of legal situations that, otherwise, would remain undressed. In addition, the Brazilian Civil Code, by a legislative option, has created new hypotheses of objective liability, which dispense the assessment of negligence, imprudence or lack of skill of the agent or the violation of a legal duty, seeking for compensation, in tribute to the constitutional axiology, even in the face of (unfair) damage caused by lawful acts, as in the case of vicarious liability, provided for in Article 933. Given the reiterated practical applicability of each of the hypotheses listed in the related article, in light of the mentioned context of radical transformation of traditional dogmatic, it becomes necessary to revisit the subject, which is the objective of this study.

Keywords: Civil Responsibility. Vicarious liability. Duty to indemnify.

Sumário: Introdução – 1. Natureza da responsabilidade por fato de terceiro. – 2. Responsabilidade dos pais pelos filhos menores. – 3. Responsabilidade dos tutores e curadores. – 4. Responsabilidade do empregador pelos atos do empregado. – 5. Responsabilidade dos donos de hotéis e de estabelecimento de ensino. – 6. Responsabilidade dos que tiraram proveito do crime. – 7. Ação regressiva. – 8. Conclusão.

Introdução.

A noção de direito se encontra intimamente vinculada à noção de composição dos conflitos de interesses, com vistas ao atendimento das finalidades essenciais de justiça e segurança. A norma jurídica funciona, assim, a um só tempo, como dissipadora de divergências e como regra de conduta, servindo de parâmetro para o comportamento futuro da coletividade.¹ Os pressupostos, critérios e mecanismos voltados à obrigação de reparar o dano sofrido por uma pessoa revelam a trajetória da responsabilidade civil ao longo do tempo.

Como se sabe, nas sociedades primitivas, a regra de Talião – olho por olho, dente por dente –, absorvida pela Lei das XII Tábuas, determinava o *nexus* corporal do violador perante o ofendido, e estabelecia uma equivalência da punição do mal com o mal. Encontravam-se, aí, vestígios da vingança privada, embora marcada pela intervenção do poder público, com o intuito de discipliná-la. Nessa fase, não há diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. A Lex Poetela Papilia (326 a.C.) consagrou, enfim, a contenção da responsabilidade civil à responsabilidade patrimonial – o Senado romano teria se sensibilizado com a comoção popular suscitada pelos castigos corporais impostos ao jovem Caio Publilio, em estado de *nexus* em virtude de débito

* Os autores agradecem a Dra. Danielle Tavares Peçanha por sua valiosa colaboração nas pesquisas e revisão dos originais.

** Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Puc-Rio).

*** Professor Titular de Direito Civil e ex Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ).

¹ V., sobre o tema, a lição de San Tiago DANTAS, *Programa de Direito Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2001 (ed. rev. e atual.), 13 e ss.

contraído por seu pai, segundo registra o historiador Livio.² Os ritos corporais macabros, relatados pelo antigo direito romano, são, enfim, banidos das legislações dos povos civilizados, e a obrigação civil adquire feição unicamente patrimonial, delineando-se, então, o arcabouço teórico que rege até hoje a responsabilidade civil.

Pouco a pouco, separa-se a responsabilidade civil da criminal. A ideia de responsabilidade civil deixa, gradativamente, de se vincular à punição do agente ofensor, e passa a se relacionar ao princípio elementar de que o dano injusto, assim entendida a lesão a interesse jurídico merecedor de tutela, deve ser reparado, consagrando a função precípua que se passou a atribuir ao instituto: a reparação patrimonial do dano sofrido. A tendência, com efeito, é que se atribua cada vez menos importância à identificação do responsável pelo dano, e se passe apenas a cuidar de como a vítima será indenizada, o que impõe, em primeiro lugar, a releitura dos tradicionais pressupostos da responsabilidade civil: a) o dano, cuja indenização passa a ser medida exclusivamente pela repercussão da lesão na vítima, a despeito de qualquer consideração acerca da pessoa ou do patrimônio do ofensor; b) o nexo causal, que é flexibilizado pelo conceito de fortuito interno, permitindo a reparação da vítima que, de outra forma, restaria irressarcida; e c) a culpa, cuja concepção subjetiva clássica – entendida como conduta negligente, imprudente ou imperita – é abandonada em favor de conceito normativo, vinculado à ideia de erro de conduta, afastando-se o viés moralizador de comportamentos que tradicionalmente lhe era atribuído.

Embora imprescindível para a tutela prioritária da vítima, a releitura dos pressupostos da responsabilidade subjetiva nem sempre será suficiente para alcançar, plenamente, referido objetivo. Nessa direção, o legislador brasileiro, mediante expressa disposição legislativa, passou a impor o dever de indenizar independentemente da identificação da conduta culposa do ofensor, associando a reparação não já a seu comportamento, mas ao risco da atividade da qual resultou o dano. A propagação da responsabilidade derivada de fonte legislativa (*ex lege*), adotada progressivamente no campo dos acidentes nucleares (Lei nº 6.453/1977), das atividades lesivas ao meio ambiente (Lei nº 6.938/1981) e do transporte aéreo (Lei nº 7.565/1986), reforça, a um só tempo, a derrocada do individualismo jurídico como concepção informadora da

² A passagem é descrita por Alberto TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 46ª ed. a cura di Giuseppe Trabucchi, Cedam, Padova, 2013.

responsabilidade civil, e a conseqüente ascensão de doutrinas lastreadas na solidariedade social.

Na experiência brasileira, foi a Constituição da República de 1988 que consolidou, definitivamente, a perspectiva solidarista da responsabilidade civil, estabelecendo novas bases sobre as quais o instituto deve ser aplicado. Com efeito, os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3º, incisos I e III, da Constituição,³ segundo os quais constituem objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, passam a moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Desloca-se, em definitivo, o foco da responsabilidade civil do agente causador para a vítima do dano, revelando que seu escopo fundamental não é a repressão de condutas negligentes, a punição do agente ofensor, mas a reparação de danos.

Do ponto de vista legislativo e interpretativo, referidos princípios retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação e do desenvolvimento de novos mecanismos de seguro social, dirigidos à socialização, à repartição dos riscos entre todos os beneficiários da atividade, entrevedo-se uma espécie de *securitização* das atividades produtivas, que garante a indenização da vítima, sem obstaculizar o exercício da atividade.⁴ Justifica-se, pois, a preocupação do constituinte em prever, ele próprio, certas hipóteses de responsabilidade objetiva e de seguro social (art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII, “c”; art. 37, § 6º),⁵ abrindo caminho para o trabalho do

³ CR, “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;”

⁴ Cf. Antonino Procida Mirabelli DI LAURO, *La riparazione dei danni alla persona*, ESI, Napoli, 1993, 105 e ss.

⁵ CR, “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;”

CR, “Art. 21. Compete à União: (...) XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: (...) c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;”

CR, “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,

legislador, cujo exemplo mais emblemático é o Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/1990), que estabeleceu a responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços, assim como de toda a cadeia produtiva, criando um sistema de responsabilização livre do fator subjetivo da culpa e abrangente de amplíssimo campo das relações sociais contemporâneas.

O Código Civil brasileiro de 2002, a seu turno, consolidando a orientação constitucional, implementou relevantes alterações na disciplina da responsabilidade civil: instituiu, de um lado, no parágrafo único do artigo 927,⁶ cláusula geral de responsabilidade objetiva para atividades de risco, de outro, criou novas hipóteses de responsabilidade objetiva, como aquela relativa à responsabilidade empresarial “pelos danos causados pelos produtos postos em circulação” (art. 931).⁷ Nessa direção, diversas situações antes vinculadas à culpa passaram a prescindir da aferição da conduta negligente, imprudente ou imperita do agente ou da violação de dever jurídico, impondo-se a reparação, em homenagem à axiologia constitucional, mesmo diante de danos (injustos) causados por atos lícitos. Foi, precisamente, o que ocorreu com a responsabilidade por fato de terceiro, como se verá a seguir.

1. Natureza da responsabilidade por fato de terceiro

Nos termos da cláusula geral de responsabilidade subjetiva estabelecida pela codificação brasileira, somente àquele que deu causa ao prejuízo impõe-se o dever de indenizar.⁸ Diz-se, portanto, que a responsabilidade é direta, decorrente de fato próprio do agente causador do dano. No entanto, o anseio de justiça e proteção à vítima exigiu certa flexibilização da exigência de comprovação do “nexo causal entre o *dano* e a pessoa

publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

⁶ CC, “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

⁷ CC, “Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.”

⁸ Eis o teor do art. 186, Código Civil, de dicção semelhante ao art. 159 do revogado Código Civil de 1916: “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.”

indigitada como *causador do dano*”,⁹ passando-se a admitir a atribuição a terceiros do dever de indenizar. Nessa direção, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, previram-se hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro, também chamada responsabilidade indireta ou complexa, em que se desborda do causador do dano e se atribui o dever de indenizar a outra pessoa, à qual o agente ofensor se liga por certa relação jurídica. Nesta perspectiva, a responsabilidade indireta só tem lugar no sistema brasileiro quando o terceiro dispuser de autoridade de direito ou de fato sobre o agente causador do dano. O Código Civil de 1916, em sua redação literal, listou em seus artigos 1.521¹⁰ e 1.522¹¹ as hipóteses de responsabilidade indireta, atribuindo a algumas pessoas o dever de escolher bem ou zelar pelo comportamento de outras, inexperientes ou a elas subordinadas.¹² Nesse contexto, o dano exsurgia não só do fato reprovável do terceiro, inimputável ou de difícil imputabilidade, mas também do fato próprio, vale dizer, da omissão no dever de escolha (culpa *in elegendo*) ou de vigilância (culpa *in vigilando*) sobre aquele terceiro causador direto da lesão e deflagrador da responsabilidade.¹³

A expansão da possibilidade de reparação da vítima pretendida com a responsabilidade indireta se revelava, contudo, de difícil comprovação, diante da redação do então artigo 1.523, segundo o qual as pessoas indicadas naqueles dispositivos só seriam responsáveis, “provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”. A responsabilidade indireta compunha-se, por conseguinte, de

⁹ Caio Mário da SILVA PEREIRA. *Responsabilidade Civil*, 11ª ed. atual. por Gustavo Tepedino, Forense, São Paulo, 2016, 119.

¹⁰ CC1916, “Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil: I. Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. II. O tutor e curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições. III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles. IV. Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educadores. V. os que gratuitamente houverem participado dos produtos do crime, até à concorrente quantia.”

¹¹ CC1916, “Art. 1.522. A responsabilidade estabelecida no artigo antecedente, nº III, abrange as pessoas jurídicas.”

¹² José de AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, 11ª ed. rev., atual. e ampl., Renovar, Rio de Janeiro, 2006, 742.

¹³ Daí, portanto, a crítica de Aguiar Dias à expressão “responsabilidade por fato de outrem” (*Da Responsabilidade Civil*, 11ª ed. rev., atual. e ampl., Renovar, Rio de Janeiro, 2006, 741-742). De acordo com Carvalho de Mendonça, “o que se chama hoje de responsabilidade por fato de outrem é, num sentido moral superior, uma responsabilidade de fato próprio, tendo por fundamento a culpa *in vigilando* ou a culpa *in elegendo* e não o direito de representação, pois que o responsável jamais pode ser presumido como tendo dado ao seu representante direitos de ofender. De modo que essa espécie de responsabilidade não é derogatória do princípio da personalidade da culpa” (Manuel Inácio CARVALHO DE MENDONÇA. *Doutrina e Prática das Obrigações*, t. II, 4ª ed. aum. e atual por José de Aguiar Dias, Forense, Rio de Janeiro, 1956, 462).

dois elementos probatórios – a prática do ato pelo agente causador direto do dano e a culpa (*in eligendo* e/ou *in vigilando*) do responsável –, e ambos deveriam ser evidenciados pela vítima para que fizesse jus à indenização. O legislador de 1916 mantinha-se, assim, fiel à primazia da responsabilidade subjetiva bem como ao conceito subjetivo de culpa atribuído ao responsável pelo agente causador do dano,¹⁴ a dificultar sobremaneira a reparação por danos indiretos.

Coube, então, à doutrina e à jurisprudência conferir aos artigos 1.521 e 1.522 interpretação mais consentânea com a proteção da vítima. A despeito da literalidade do disposto no artigo 1.523, passou-se, pouco a pouco, a entender que as situações descritas naqueles dispositivos traduziriam hipóteses de presunção de culpa. A partir de tal entendimento, caberia à vítima demonstrar a “existência da relação causal entre o prejuízo por ela sofrido e o fato do *menor, do preposto, do aluno, do aprendiz, ou o fato da coisa*, encerrando-se aí o ônus da prova que lhe compete”.¹⁵ A construção se tornou pacífica com a edição da Súmula nº 341 do Supremo Tribunal Federal (1963), segundo a qual “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

Não se tratava, todavia, de presunção *iure et de iure*; admitia-se prova em contrário pelo responsável: provando o pai, por exemplo, que não faltara com seu dever de vigilância sobre o filho menor e que, ainda assim, o dano se produzira, eximia-se do dever de indenizar. Diante dessa possibilidade, os Tribunais tornaram-se refratários à demonstração de ausência de culpa, e se consolidou, ao menos no caso da responsabilidade do patrão pelo ato culposo do empregado (art. 1.521, III), a presunção absoluta. A rigor, referida interpretação acabou por produzir resultado prático equivalente à adoção da teoria objetiva, na medida em que se afastava por completo a possibilidade de demonstração da ausência de culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, e apenas se elidia a responsabilidade pelas excludentes de causalidade.

¹⁴ Clóvis Bevilacqua, ao comentar o art. 1.523 do Código Civil de 1916, afirmava: “A responsabilidade dos pais, tutores, curadores, patrões, amos, comitentes, donos de hotéis e estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, assim como a das pessoas jurídicas, no caso previsto no art. 1.522, é indireta. Por isso o Código somente a torna efetiva, quando se lhes puder imputar culpa, isto é, quando essas pessoas não empregaram a diligência necessária, nem tomaram as precauções para que o dano se não desse” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. V, 12ª ed., Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1957, 233).

¹⁵ SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, vol. V, 2ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1962, 272, grifos no original. Veja-se, ainda, J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XX, 9ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1978, 265-266.

O Código Civil de 2002, nessa mesma direção, acompanhou a tendência contemporânea de tutelar prioritariamente a vítima e, no artigo 933,¹⁶ transferiu a matéria para o campo da responsabilidade objetiva, declarando que as pessoas indicadas no artigo 932¹⁷ respondem, independentemente de culpa, pelos atos de terceiros.¹⁸ Desloca-se, assim, da vítima para o detentor do dever de guarda o ônus de eventual fatalidade. À vítima assegura-se o ressarcimento pelo dano injusto, reprovado pela ordem jurídica, do menor, do pupilo, do empregado, do aluno e assim por diante. Não mais se avalia, portanto, o comportamento do responsável, a quem se impõe o dever de indenizar, uma vez provado o nexo de causalidade entre o dano e o ato do terceiro (menor, pupilo, empregado etc.).

Considera-se, assim, objetiva a responsabilidade dos pais, curador, tutor e empregador, embora o dever de reparar não possa ser deflagrado sem a presença de dano ressarcível. Tal responsabilidade, portanto, dependerá da prova de ato culposo do agente que agiu diretamente ou, no caso de agentes inimputáveis, por ausência de discernimento, da verificação de ato equivalente ao ilícito, por representar descumprimento de dever legal, hábil a produzir dano injusto. Significa dizer que o dever de indenizar do responsável só surge uma vez provada a culpa do empregado ou preposto, ou a descrição de conduta contrária à ordem jurídica do filho menor, do pupilo, do curatelado. O artigo 933 estabelece, com efeito, a responsabilidade objetiva do responsável, que só terá de indenizar se o dano injusto produzido por terceiro sob sua autoridade restar configurado.

19

¹⁶ CC, “Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

¹⁷ CC, “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”

¹⁸ Ao propósito, confira-se o texto do Enunciado n. 451, aprovado na V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal (2012): “Arts. 932 e 933. A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida”.

¹⁹ Posto objetiva a responsabilidade dos pais, mister a demonstração de que a conduta do menor, caso fosse imputável, seria hábil a configurar sua responsabilidade. Esse é, precisamente, o conteúdo do Enunciado n. 590, da VII Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, prevista no art. 932, inc. I, do Código Civil, não obstante objetiva, pressupõe a demonstração de que a conduta imputada ao menor, caso o fosse a um agente imputável, seria hábil para a sua responsabilização”. Na doutrina, Orlando Gomes explica: “Ora, se a responsabilidade do

2. Responsabilidade dos pais pelos filhos menores

O artigo 932, I, do Código Civil brasileiro estabelece que os pais respondem pelos atos dos filhos menores que se acham sob sua autoridade e companhia. Cuida-se, como já se observou, de responsabilidade objetiva, pelo que não há que se recorrer à presunção de violação do dever paterno de vigilância. A responsabilidade dos pais decorre, a um só tempo, da menoridade dos filhos e da circunstância de se acharem sob sua autoridade e companhia. O primeiro requisito se prova com a certidão de nascimento, e não suscita maiores problemas. Convém apenas ressaltar que o filho deve ser menor de idade no momento em que pratica a conduta lesiva, pouco importando se o resultado danoso se produz quando o filho já atingiu a maioridade ou se a ação de indenização só é ajuizada após a maioridade do agente.²⁰ A partir da emancipação legal do menor, cessa a responsabilidade dos pais; cuidando-se, todavia, de emancipação voluntária, mister analisar se os pais tiveram em mira se eximiram da responsabilidade pelo dano causado pelo filho, hipótese em que não ficam exonerados, configurando-se fraude à lei. Com efeito, se a emancipação é genuína, e o jovem passa a agir de modo completamente independente e com autonomia, produzem-se os seus regulares efeitos, liberando-se o patrimônio dos pais.²¹

pai pressupõe a prática de ato ilícito pelo filho, isto é, ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, é lógico que não há responsabilidade paterna enquanto o filho não tiver capacidade de discernimento. Um menor de quatro anos não sabe o que faz. Se a outrem causar dano, não se pode dizer que agiu culposamente; se não há culpa, ato ilícito não praticou; se não cometeu ato ilícito, o pai não responde pela reparação do dano, porque a responsabilidade indireta supõe a ilicitude no ato de quem causa prejuízo. Apesar de lógico, esse raciocínio não prevalece na prática. Verificados os pressupostos da responsabilidade paterna, nasce a obrigação de indenizar o dano causado pelo ato do filho menor” (Orlando GOMES, Responsabilidade civil, Forense, Rio de Janeiro, 2011, 100-101). Confira-se, ainda, “O exame ou avaliação das condições físicas e psíquicas do autor do dano – idade, educação, temperamento etc. – vale para informar ou identificar as razões determinantes do seu comportamento anormal, mas não para subtrair da vítima inocente o direito de obter reparação dos prejuízos sofridos em seus interesses juridicamente protegidos. [...] Resulta daí que a conduta do agente deverá ser apreciada *in abstracto*, em face das circunstâncias ‘externas’, objetivas, e não em conformidade com a sua individualidade ‘interna’, subjetiva. Se um dano é ‘objetivamente ilícito’, é ressarcível, pouco importando que o seu agente seja inimputável. A culpa – nunca é demais repetir – é noção social, pois o objetivo não é descobrir um culpado, mas assegurar a reparação de um prejuízo” (Mário Moacyr PORTO, O caso da culpa como fundamento da responsabilidade civil, *Doutrinas Essenciais: responsabilidade civil*, Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de Andrade NERY (coord.), vol. I, Revista dos Tribunais, São Paulo, 50).

²⁰ TJRJ, 1ª C.C., Ap. Cív. Ap. Cív. [0004373-95.2005.8.19.0066](#), Rel. Des. Custódio de Barros Tostes, julg. 10.12.2013.

²¹ Para Carvalho Santos, a emancipação voluntária não é capaz de afastar a responsabilidade dos pais, “pois a emancipação de um menor que se revela indigno da concessão que lhe foi outorgada é, no fim das contas, um ato inconsiderado e aos pais não se pode reconhecer o direito de exonerar-se por essa forma, da

No que tange ao segundo requisito, a análise há de ser mais detida. O Código anterior utilizava, em vez de *autoridade*, o termo *poder*, pelo que se afirmava que a responsabilidade dos pais “é a consequência lógica do pátrio poder”.²² Exigia, ainda, o legislador, que os pais tivessem o menor em sua companhia, o que costumava ser entendido como exigência de coabitação, sem a qual não seria possível o exercício adequado do dever de vigilância sobre os filhos.²³ O Código Civil de 2002, por sua vez, ao empregar a expressão *sob sua autoridade*, parece ter preservado a abrangência do Código anterior, responsabilizando solidariamente os pais que exerçam a autoridade parental. De outro lado, a referência à *companhia*, mantida no art. 932, I, deve ser entendida no sentido de influência sobre a criança sem exigir a vigilância concreta ou o contato físico permanente e atual com o menor.²⁴

O fim da relação de conjugalidade, em princípio, em nada influencia na atribuição de responsabilidade objetiva aos pais do menor, pois a regra no direito brasileiro é a guarda compartilhada, em que se verifica a estreita convivência entre filhos e genitores. Nesse caso, portanto, ainda que o filho menor estivesse na companhia exclusiva de um dos genitores no momento do ato danoso, ambos respondem solidariamente. No entanto, se a guarda tiver sido atribuída de forma exclusiva a um dos genitores, que tem o menor em sua constante companhia, apenas o guardião responderá pelo dano.²⁵ É possível,

responsabilidade que a lei lhe impõe” (J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XX, 9ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1978, 216). Confira-se, ainda, o Enunciado n. 41 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “A única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária de menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inciso I, do novo Código Civil”.

²² Manuel Inácio CARVALHO DE MENDONÇA. *Doutrina e Prática das Obrigações*, t. II, 4ª ed. aum. e atual por José de Aguiar Dias, Forense, Rio de Janeiro, 1956, 463. De acordo com Serpa Lopes, a responsabilidade dos pais “decorre de um *munus publico, ex vi* das funções por eles exercidas” (SERPA LOPES, *Curso de Direito Civil*, vol. V, 2ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1962, 274).

²³ Manuel Inácio CARVALHO DE MENDONÇA. *Doutrina e Prática das Obrigações*, t. II, 4ª ed. aum. e atual por José de Aguiar Dias, Forense, Rio de Janeiro, 1956, 463.

²⁴ Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “O fato de o menor não residir com o(a) genitor(a) não configura, por si só, causa excludente de responsabilidade civil. Há que se investigar se persiste o poder familiar com todas os deveres/poderes de orientação e vigilância que lhe são inerentes” (STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 220.930/MG, Rel. Min. Sidinei Beneti, julg. 9.10.2012). Em sentido diverso, Sérgio Cavalieri Filho entende que “ter o filho sob sua autoridade e em sua companhia significa tê-lo sob o mesmo teto, de modo a possibilitar o poder de direção dos pais sobre o menor e a sua eficiente vigilância” (Sérgio CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed. rev. aum. e atual., Malheiros, São Paulo, 205).

²⁵ STJ, 3ª T., REsp. 1.232.011/SC, Re. Min. João Otávio de Noronha, julg. 17.12.2015, v.u. Em sentido oposto, confira-se, ao propósito, Enunciado nº 450 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Considerando que a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos menores é objetiva, e não por culpa presumida, ambos os genitores, no exercício do poder familiar, são, em regra, solidariamente responsáveis por tais atos, ainda que estejam separados, ressalvado o direito de regresso em caso de culpa exclusiva de um dos genitores”.

contudo, afastar a responsabilidade do guardião e atribuí-la, também com exclusividade, ao não guardião quando o menor cause o dano em dia de visita regulamentada. Ainda que seja atribuída a guarda unilateral a um dos genitores, o não guardião, além de conservar inalterável a autoridade parental, tem garantido o direito/dever de visitação²⁶ que, quando exercido, lhe atribui a companhia do menor e o dever de fiscalizá-lo. Ademais, nos termos do art. 1583, §5º, “a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos”. Entendimento diverso, que afastasse o não guardião da incidência do art. 932, I, quando o menor estivesse em sua companhia, iria de encontro ao escopo da norma, consistente na proteção integral da vítima, além de criar injustificável desigualdade entre os genitores, onerando desproporcionalmente aquele que já está incumbido de decidir sobre as questões do dia-a-dia do menor.²⁷

Evidentemente, a regra do art. 932, I se aplica no âmbito de qualquer relação parental, já que o nexo de imputação é, precisamente, a autoridade parental, cujo conteúdo e abrangência independem da origem da filiação. Assim, cuidando-se de filho adotivo, o pai adotante responderá pelos danos causados pelo filho menor, da mesma forma como o fará o pai socioafetivo. A responsabilidade objetiva pode atingir também os avós, não apenas quando a eles incumbir legalmente a vigilância do neto, mas também quando o menor com eles residir, configurando-se delegação da guarda e, conseqüentemente, do dever de vigilância, ainda que de forma temporária. A impossibilidade material de vigilância não tem o condão de exonerar os pais.²⁸ No entanto, se os pais provarem haver

²⁶ Nesse sentido, o art. 1.589 do Código Civil dispõe que: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

²⁷ A jurisprudência, atenta às peculiaridades do caso concreto, diferencia, com razão, a hipótese em que o dano provocado decorre não de atividade que pudesse ser supervisionada pelo guardião direto, mas pela índole e temperamento do menor por cuja formação, ao longo do processo educativo, ambos os genitores devem zelar. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, já reconheceu a responsabilidade do não guardião, solidariamente com o guardião, pela reparação do dano moral decorrente de agressão cometida pelo filho menor, e determinou que “a conduta ilícita do autor do dano, no campo da responsabilidade civil é condizente com educação e assistência moral e afetiva dos pais separados em relação aos filhos, não se resumindo exclusivamente à vigilância sobre eles na vida diária”. Para o relator, nesses casos, ambos os genitores estão abrangidos pelo dever de indenizar, “porque extrapola em muito as travessuras do dia-a-dia que o adolescente possa vir a praticar por ausência de uma fiscalização direta de seu guardião”. No caso concreto o menor teria agredido fisicamente seu colega na escola, o que, para o Tribunal, indicaria “uma falta de melhor cuidado de ambos os pais, não podendo ser limitada a responsabilidade do guardião nos termos do artigo 932, inciso I, do Código Civil, porque a separação legal dos pais, pondo termo à sociedade conjugal, não exclui o dever de educação, assistência e orientação de ambos na formação psicológica, educacional e profissional dos filhos” (TJSP, 6ª CDPiv., Ap. Cív. 9222005-35.2007.8.26.0000, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, julg. 26.03.2009, publ. DJ 06.05.2009).

²⁸ Observa Caio Mario da Silva Pereira, todavia, que não prevalecerá a responsabilidade “se o filho menor não estiver habitando com os pais por uma razão jurídica ou um motivo legítimo: filho confiado a um

razão jurídica que justifique não terem os filhos menores sob sua companhia, eximem-se da responsabilidade, a revelar que sua a responsabilidade pode ser intermitente.²⁹ É o que se passa, por exemplo, se o menor causa danos a terceiros enquanto se encontra sob os cuidados e vigilância de instituição de ensino.

Os pais encontram-se, ainda, solidariamente responsáveis pelos danos decorrentes de conduta criminosa praticada pelo menor entre 12 e 18 anos. Nesse caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) expressamente permite que a autoridade competente imponha ao menor a obrigação de compensar os prejuízos sofridos pela vítima.³⁰

Em qualquer caso, é possível que o patrimônio do menor seja superior ao de seus pais, insuficiente para adimplir o dever de reparar. Nesse caso, o Código estabeleceu a responsabilidade subsidiária do incapaz, impondo-lhe o dever de indenizar os prejuízos que causar quando as pessoas por ele responsáveis não dispuserem de meios suficientes para fazê-lo, consoante dispõe o artigo 928.³¹ Dito de outro modo, a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos causados pelo filho menor é dos pais, e somente quando seu patrimônio for insuficiente para arcar com a indenização, admite-se que sejam executados os bens do próprio incapaz. A solução, que inova em face do sistema anterior, volta-se, a

terceiro, por medida de assistência educativa ou em férias com os avós, ou separação” (*Responsabilidade Civil*, 11ª ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino, Forense, Rio de Janeiro, 2016, 126).

²⁹ Aguiar DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, 11ª ed. rev., atual. e ampl., Renovar, Rio de Janeiro, 2006, 749.

³⁰ Foi o que decidiu o TJRJ, nos seguintes termos: “Ocorre que a hipótese revela ingrediente de especialidade, reparação de dano por positivado ato infracional. E aí a regra legal possibilita que o adolescente seja responsabilizado em equação direta no resultado de compensação pelo prejuízo da vítima, qualquer que seja, como decorrência do reprovado ato ilícito, análogo a crime. Interpretação razoável do art. 116 do ECA, e conforme a Constituição, na consideração de ampliar para inserir prejuízo extrapatrimonial, ofensa moral, ação marginal causadora de forte aflição e risco a integridade física do autor, ora apelado, que na condução coletivo, foi alvo do vandalismo que as peças dos autos dão notícia” (TJRJ, 3ª C.C., Ap. Cív. 0067183-73.2006.8.19.0001, Rel. Des. Adolpho Correa de Andrade Mello Junior, julg. 15.10.2007).

³¹ O mesmo entendimento foi adotado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1436401/MG, cujo Relator Ministro Luis Felipe Salomão assim se manifestou a respeito do artigo 928 e sobre sua repercussão processual: “Portanto, para correta interpretação do dispositivo, penso que a responsabilidade do incapaz será subsidiária - apenas quando os responsáveis não tiverem meios para ressarcir -, condicional e mitigada - não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF) - e equitativa -, pois a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. único e En. 449/CJF). Em outras palavras, o filho menor não é responsável solidário com seus genitores, mas subsidiário. (...) Em sendo assim, não há obrigação - nem legal, nem por força da relação jurídica (unitária) - da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz, não sendo necessária, para a eventual condenação, a presença do outro, não havendo falar em litisconsórcio passivo necessário e muito menos em nulidade do processo” (STJ, 4ª T., REsp 1436401/MG, Rel. Min Luis Felipe Salomão, julg. 2.2.2017, grifos no original). Diversamente, entendendo cuidar-se de responsabilidade solidária, confira-se: Carlos Roberto GONÇALVES, *Responsabilidade civil*, Saraiva, São Paulo, 2012, 141.

toda evidência, à tutela da vítima, que poderia permanecer irressarcida em caso de insolvência do responsável, ainda que o incapaz possuísse patrimônio significativo.

O dispositivo prevê, ainda, segunda hipótese em que o patrimônio do incapaz responde pela indenização do dano injusto por ele causado, não já subsidiariamente, mas de maneira direta: quando referidas pessoas *não tiverem obrigação de fazê-lo*. Cuida-se da situação contemplada no art. 116 da Lei nº 8.069 de 13 julho 1990 (ECA), segundo o qual “em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima”.³² Referido ressarcimento encerra medida socioeducativa, imposta em razão da prática de ato infracional – entendido, nos termos do art. 103 do ECA,³³ como a conduta da criança e do adolescente que pode ser descrita como crime ou contravenção penal.

Nesse cenário, identificam-se duas esferas distintas, sujeitas a regime jurídico diverso. Praticado ato infracional com reflexos patrimoniais, imputam-se exclusivamente ao menor as medidas socioeducativas cabíveis, dentre as quais se destaca a reparação do dano, hipótese em que os pais não respondem com seu patrimônio. Embora não se qualifiquem como penas, as medidas socioeducativas ostentam aspectos sancionatórios e coercitivos, e visam à inserção do menor em processos educativos, razão pela qual devem ser suportadas apenas pelo próprio agente. De outro lado, na hipótese de ato equiparável a ilícito civil, aplica-se o regime jurídico do Código Civil, e respondem os pais, direta e objetivamente, pelo ressarcimento do dano dele decorrente.

3. Responsabilidade dos tutores e curadores.

No caso de falecimento dos pais, julgados ausentes ou decaído do poder familiar, os filhos menores serão postos em tutela (art. 1.728, Código Civil).³⁴ Estão sujeitos à

³² Essa foi precisamente a orientação que prevaleceu no Enunciado nº 40 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal nos seguintes termos: “o incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas”.

³³ ECA, “Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.”

³⁴ CC, “Art. 1.728. Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar.”

curatela aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (art. 1.767, Código Civil).³⁵ O tutor e o curador respondem objetivamente pelos danos causados pelos pupilos e curatelados que se encontrem sob sua autoridade e em sua companhia, a exemplo da responsabilidade atribuída aos pais pelos atos dos filhos. A despeito, contudo, da similitude, a doutrina sustentava a possibilidade de se atenuar a responsabilidade dos tutores e curadores por se tratar de *munus publico*, de ônus que tutor e curador suportam por imposição legal, e não em razão de vínculo paterno-filial, muitas vezes sem qualquer remuneração.³⁶ O pretendido entendimento, todavia, parece não se justificar diante da atual regulamentação, que estabelece a responsabilidade objetiva com o escopo primordial de tutelar prioritariamente a vítima. Além disso, ao titular de *munus publico* não se pode imputar dever menos rigoroso do que aos genitores. Referida mitigação, por conseguinte, contrariaria o escopo da norma, pelo que não deve prevalecer.

O tutor, depois de nomeado, passa a ser o representante legal do menor incapaz. Já o curador, com a alteração promovida no Código Civil pela Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015,³⁷ não mais se qualifica, de regra, como representante legal do maior com deficiência psíquica ou intelectual, como o era outrora, mas sim como assistente. Isso porque, referida lei, também designada Lei Brasileira de Inclusão (LBI), alterou profundamente o regime das incapacidades ao reconhecer a plena capacidade da pessoa com deficiência e assegurar seu “direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 84, LBI), superando a categoria abstrata e apriorística que vinculava à incapacidade os maiores que não tinham discernimento para os atos da vida civil. Todavia, nas situações em que o exercício pessoal dos direitos assegurados não é efetivamente possível sem prejuízo dos interesses do próprio sujeito, é possível a submissão à curatela, concebida aqui como medida extraordinária e proporcional às necessidades e circunstâncias do caso concreto, de

³⁵ CC, “Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; II - (Revogado); III - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; IV - (Revogado); V - os pródigos.”

³⁶ José de AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, 11ª ed. rev., atual. e ampl., Renovar, Rio de Janeiro, 2006, 757; Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*, vol. IV, 11ª ed., Saraiva, São Paulo, 2016, 126.

³⁷ Referida lei veio, a rigor, a reboque da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), promulgada pela Organização das Nações Unidas em 2007 e ratificada no Brasil em 2008, por meio do Decreto n. 186. Em virtude de haver sido aprovada com o quórum qualificado de três quintos, nas duas casas do Congresso Nacional, em dois turnos, nos termos estabelecidos pelo art. 5º, §3º, da Constituição da República, a CDPD ostenta hierarquia de norma constitucional.

acordo com o seu efetivo poder de autodeterminação (art. 84, § 3º, LBI).³⁸ Nesse caso, reconhece-se a incapacidade relativa da pessoa com deficiência, nos termos do artigo 4º, III, do Código Civil,³⁹ limitada aos atos indicados na sentença de interdição.⁴⁰

Diante da plena capacidade civil da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, a regra passou a ser a sua responsabilidade direta e integral pelos danos por ela causados, com base na cláusula geral de responsabilidade subjetiva, nos termos do artigo 927, do Código Civil. No entanto, limitada a sua capacidade civil pela curatela, impõe-se analisar a extensão da responsabilidade do curador, nos termos do artigo 932, II: o curador será objetivamente responsável por todos os danos causados pelo curatelado ou sua responsabilidade estará adstrita aos novos limites da curatela?

Se a pessoa com deficiência sob curatela torna-se relativamente incapaz, sofrendo restrição mínima e pontual na sua autonomia, e se é justamente essa restrição que determina a medida dos poderes do curador, sua responsabilidade deve também ser estabelecida pelo mesmo critério, vale dizer, de acordo com os poderes que lhe são expressamente conferidos na sentença de interdição. Dessa forma, todos os danos decorrentes de atos praticados pelo curatelado no espectro de sua autonomia e capacidade – atos esses não compreendidos, portanto, pelos efeitos da curatela – vinculam o seu patrimônio e deverão ser por ele mesmo suportados, afastando-se a responsabilidade do curador.

Não se pode, todavia, afastar a possibilidade de o curador, a despeito da restrição mínima à capacidade do curatelado imposta pela interdição, exercer poderes de fato que extrapolem aqueles definidos na sentença, intervindo mais intensamente no dia-a-dia da pessoa com deficiência, orientando e controlando sua atuação em todas as esferas da vida civil. Isso pode ocorrer quando o curador verificar, na prática, comprometimento mais severo da autonomia do curatelado. Nesse cenário, responderá o curador pelos danos

³⁸ LBI, “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. (...) § 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.”

³⁹ CC, “Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (...) III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;”

⁴⁰ Heloisa Helena BARBOZA; Vitor ALMEIDA, A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Joyceane Bezerra de Menezes (org.), *Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas: Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*, Processo, Rio de Janeiro, 2016, 264.

causados no âmbito de sua concreta esfera de atuação, além, portanto, dos poderes formalmente conferidos pela sentença de interdição. Evidentemente, o raciocínio exposto há de se aplicar apenas às curatelas estabelecidas de acordo com o regime da nova legislação, uma vez que, em relação às curatelas anteriores à alteração legislativa, conferiam-se poderes amplos ao curador, a atribuir-lhe responsabilidade objetiva por todos os danos causados pelo curatelado.

A corroborar o entendimento esposado, pertinente observar que a doutrina nunca considerou incluído no inciso II o caso do pródigo, já que sua interdição somente o priva dos atos de disposição de patrimônio. Veja-se, portanto, que a função da curatela do pródigo é evitar a dilapidação do seu patrimônio, de modo que ao curador apenas se atribui poderes para emprestar, transigir, dar quitação, alienar hipotecar etc. Assim, considerando a plena capacidade do pródigo para todos os demais atos da vida civil, sua responsabilidade pelos ilícitos praticados é direta e pessoal.⁴¹

De todo modo, importante sublinhar que, em situações extremas e justificáveis, dado o máximo grau de comprometimento da funcionalidade da pessoa com deficiência, que não ostenta qualquer condição de se manifestar, admite-se a outorga de poderes de representação no âmbito da curatela, a abarcar todos os negócios e atos jurídicos relativos ao curatelado,⁴² até mesmo, excepcionalmente, aqueles existenciais.⁴³ Nesses casos, o curador responderá objetivamente por todos os danos causados pelo curatelado.

⁴¹ J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XX, 9ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1978, 226.

⁴² “Excepcionalmente, se for para prover a concreta e particular necessidade da pessoa, entende-se que o juiz poderá atribuir poderes de representação ao curador. Mas ainda nessa hipótese, os interesses, as preferências e o bem-estar da pessoa sob curatela serão o guia para as decisões e não a mera vontade discricionária do curador”. (Joyceane Bezerra de MENEZES, Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 9, jul./set. 2016, 35-36).

⁴³ À mesma conclusão chegaram Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida Júnior: “(...) a afirmativa de que os direitos existenciais da pessoa interdita são intangíveis, há de ser entendida nos limites da razoabilidade. O respeito a esses direitos não significa o abandono da pessoa a suas próprias decisões, quando se sabe não haver evidentemente condições de tomá-las, por causas físicas ou mentais. Não seria razoável permitir que pessoa com deficiência se autoamputasse, a pretexto de lhe assegurar o direito sobre o próprio corpo. Certamente, porém, haverá situações em que o curador deverá tomar providências que impliquem interferência no corpo do curatelado, por exemplo, para cuidar de sua saúde” (Heloisa Helena BARBOZA; Vitor ALMEIDA JÚNIOR, A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Joyceane Bezerra de MENEZES (org.), *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas: Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*, Processo, Rio de Janeiro, 2016, 265, grifou-se).

De outro lado, ainda que não haja curatela regularmente constituída, é possível que a situação fática imponha a responsabilidade a quem conhece a deficiência do maior não interdito e se omite em adotar as providências necessárias para o estabelecimento da curatela. Foi o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional máximo em matéria infraconstitucional, ao apreciar ação de indenização ajuizada por mulher agredida na rua pelo réu, então com 35 anos, que alegou sofrer de esquizofrenia paranoide desde os 18 anos, motivo pelo qual já fora submetido a diversas internações. O Tribunal condenou solidariamente a mãe do réu a indenizar a autora, não obstante a ausência de interdição e curadoria, sob o argumento de que a genitora, apesar de conhecer não só o estado de saúde do filho, mas também as agressões anteriores desferidas contra transeuntes, não tomou qualquer providência para protegê-lo e evitar novos ataques a terceiros.⁴⁴

Assim como se passa no âmbito da responsabilidade dos pais pelos ilícitos praticados pelos filhos, sendo o patrimônio do tutor ou curador insuficiente para reparar o dano, o patrimônio do incapaz responderá, nos termos do artigo 928. Cuida-se, portanto, de responsabilidade subsidiária.⁴⁵

4. Responsabilidade do empregador pelos atos do empregado.

Sob a vigência do Código Civil brasileiro de 1916, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 341 (1963) segundo a qual “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Como já se apontou, embora pela literalidade da dicção legal referida presunção fosse relativa, logo passou-se a considerá-la absoluta, não admitindo a jurisprudência prova em contrário. A evolução

⁴⁴ Lê-se na ementa: “O art. 1.590 do CC/2002 estende ao incapaz - absoluta ou relativamente - as normas pertinentes à guarda dos filhos menores. Nesse enfoque, é importante destacar que a guarda representa mais que um direito dos pais em ter os filhos próximos. Revela-se, sobretudo, como um dever de cuidar, de vigiar e de proteger os filhos, em todos os sentidos, enquanto necessária tal proteção. 6. Consta do acórdão recorrido que o primeiro réu, apesar de maior, é portador de esquizofrenia paranoide, mora sozinho, tem surtos periódicos e agride transeuntes. Sua genitora (segunda ré), plenamente ciente da situação e omissa no cumprimento de suas obrigações em relação ao filho incapaz e na adoção de medidas com o propósito de evitar a repetição de tais fatos, deve ser responsabilizada civilmente pelos danos morais sofridos pela autora, decorrentes de lesões provocadas pelo deficiente” (STJ, 4ª T., REsp 1101324/RJ, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira julg. 13.10.2015).

⁴⁵ José de AGUIAR DIAS, *Da Responsabilidade Civil*, 11ª ed. rev., atual. e ampl., Renovar, Rio de Janeiro, 2006, 569. Na jurisprudência, confira-se: TJRJ, 4ª C.C., Ap. Cív. 0181783-34.2011.8.19.0001, Rel. Des. Marco Antônio Ibrahim, julg. 6.7.2016.

jurisprudencial acabou resultando na adoção pelo Código Civil da responsabilidade objetiva por fato de terceiro, incluindo a do empregador pelo ato culposo do empregado (art. 933).

A rigor, apesar do inegável avanço promovido pela redação do artigo 933, a responsabilidade do empregador pelos atos do empregado não ostenta a mesma amplitude – e, portanto, importância – de outrora. Isso porque, antes mesmo de o Código Civil prever a responsabilidade objetiva, a Constituição de 1988 já o fizera no artigo 37, § 6⁴⁶ em relação aos prestadores de serviços públicos, tal como a do Estado. A partir de então, todos os prestadores de serviços públicos passaram a responder objetiva e diretamente pelos atos de seus agentes – empregados e prepostos – com base no risco administrativo, e não pelo fato de outrem.⁴⁷ Em 1990, o Código de Defesa do Consumidor também estabeleceu a responsabilidade objetiva e direta para os fornecedores pelo fato do serviço, independentemente de culpa sua ou de seu empregado, nos termos do artigo 14.⁴⁸ Nesse caso, basta existir um defeito na prestação do serviço (CDC, art. 14, §1º) para daí resultar a responsabilização do fornecedor. E mais, junto com a inovação trazida pelo artigo 933, o Código Civil ainda inseriu, no artigo 927, parágrafo único, a cláusula geral de responsabilidade objetiva com base na teoria do risco, pela qual a atividade do empregado é absorvida pela atividade do próprio empregador, tornando-se desprocurado falar em fato de terceiros. Como se vê, o campo de incidência do artigo 932, III foi reduzido drasticamente, abarcando apenas as situações fáticas que não se enquadrem em nenhum dos dispositivos antes mencionados.

O primeiro ponto importante a definir nesta sede se refere à exata noção dos termos “empregados, serviçais ou prepostos”. Empregado ou preposto é todo aquele que presta serviço ou realiza alguma atividade por conta e sob a direção de outrem, podendo essa

⁴⁶ CR, “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

⁴⁷ Sérgio CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed. rev. aum. e atual., Malheiros, São Paulo, 212.

⁴⁸ CDC, “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

atividade ser permanente ou transitória.⁴⁹ A relação de emprego ou preposição traz ínsita a ideia de subordinação hierárquica, entendida como a condição do dependente que recebe ordens e age sob poder ou direção de outrem, independentemente de ser ou não assalariado, ou de haver contrato típico de trabalho.⁵⁰ Afora as hipóteses de responsabilidade objetiva antes mencionadas, a responsabilidade do empregador depende, ainda, da prática de ato culposo pelo empregado,⁵¹ como resta configurado quando o preposto da instituição de ensino entrega obra literária de terceiro para disponibilização no sítio eletrônico da empregadora, sem autorização e indicação clara de seu verdadeiro autor.⁵² Impõe-se, ainda, que os atos culposos dos prepostos sejam praticados “no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”, vale dizer, no desempenho de suas tarefas. Se assim não fosse, impor-se-ia ao empregador a responsabilidade universal pelos atos do empregado. Apesar da aparente simplicidade da regra, diversas têm sido as dificuldades enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência.

Discute-se, em primeiro lugar, se responde o empregador pelos danos provocados por seu preposto fora do horário do expediente, mas com o uso de ferramentas a ele inerentes. A questão se torna ainda mais tormentosa quando o tema é lesão provocada por disparo de arma de fogo da corporação por policial em dia de folga. Parte das decisões atribui ao Estado responsabilidade objetiva,⁵³ mesmo quando o disparo não ocorre a pretexto do exercício da função pública;⁵⁴ outras, no entanto, afastam a responsabilidade do ente estatal, por entender, justamente, que, nesse caso, o policial age fora do exercício de suas funções regulares, atuando não como agente público, mas como cidadão, pelo que

⁴⁹ Sérgio CAVALIERI FILHO, *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed. rev. aum. e atual., Malheiros, São Paulo, 212-213.

⁵⁰ “O reconhecimento do vínculo de preposição não exige a existência de um contrato típico de trabalho, sendo suficiente a relação de dependência ou a prestação de serviço sob o interesse e o comando de outrem” (STJ, 4ª T., AgRg no REsp 1215794/SP, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, julg. 7.8.2012)

⁵¹ “O novo Código Civil (art. 933), seguindo evolução doutrinária, considera a responsabilidade civil por ato de terceiro como sendo objetiva, aumentando sobejamente a garantia da vítima. Malgrado a responsabilização objetiva do empregador, esta só exsurdirá se, antes, for demonstrada a culpa do empregado ou preposto, à exceção, por evidência, da relação de consumo” (STJ, 4ª T., REsp 1135988/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. 8.10.2013).

⁵² STJ, 4ª T., REsp 1201340/DF, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julg. 3.11.2011.

⁵³ TJRJ, 15ª C.C., Ap. Cív. 0010210-85.2012.8.19.0002, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardoso, julg. 17.5.2016; TJSP, 10ª CDPub, Ap. Cív. 0130975-06.2006.8.26.0583, Rel. Des. Antônio Celso Aguilar Cortez, julg. 2.6.2014.

⁵⁴ Nesse caso, atuando o policial a pretexto de exercer suas funções, ainda que em sua folga, atribui-se responsabilidade ao Estado: TJRJ, 16ª C.C., Ap. Cív. 0059477-68.2008.8.19.0001, Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves De Brito Neto, julg. 16.4.2013.

não se verifica nexos causal entre o dano e a atividade funcional.⁵⁵ Há, contudo, certo consenso em afastar a responsabilidade do Estado quando a arma empregada é particular, do próprio policial, por evidente ausência causalidade, hipótese em que o agente responde direta e pessoalmente pelos danos causados.⁵⁶

Questão relevante refere-se ao ato praticado pelo empregado, durante o exercício de sua atividade laboral, mas com abuso ou desvio de suas funções. Nesses casos, a solução repousa na teoria da aparência. Como se sabe, a teoria da aparência tutela a confiança legítima despertada no terceiro; a tutela à confiança do terceiro gera um ônus para o empregador, que terá de suportar os danos decorrentes do ato praticado pelo empregado, ainda que sua atuação tenha se dado com abuso ou desvio de suas funções. No entanto, tal ônus somente se justifica se o empregador contribuiu com sua ação ou omissão para a produção da situação geradora da confiança e se, evidentemente, o lesado não sabia que o empregado agia fora de suas funções.⁵⁷

Ao propósito, o Superior Tribunal de Justiça julgou interessante caso em que imputou responsabilidade objetiva a empregador pelos danos praticados por empregado de outra empresa, com base na teoria da aparência. Cuidava-se de ação de responsabilidade civil movida pela mãe de vítima de disparo de arma de fogo efetuado por vigia. Ocorre que o autor dos disparos não era empregado da empresa ré, mas de empresa diversa que operava no mesmo local. Todavia, como confirmado pelo próprio autor do disparo e por outro vigia, ambas as empresas operavam no mesmo galpão e nem eles próprios eram capazes de distinguir quais os bens eram de uma ou de outra. Entendeu o Tribunal que o fato de o autor dos disparos não estar em serviço, mas de licença médica, encontrando-se no local apenas porque visitava o outro vigia, e de a empresa não permitir o uso de arma no exercício da atividade funcional, não eram suficientes a afastar a responsabilidade objetiva da empregadora aparente.⁵⁸

⁵⁵ TJSP, 2ª CEDPub, Ap. Cív. 0601846-63.2008.8.26.0053, Rel. Des. Marrey Unt, julg. 27.11.2014; TJSP, 9ª CDPub, AC 9130659-03.2007.8.26.0000, Rel. Des. José Maria Câmara Junior, julg. 16.5.2012.

⁵⁶ TJSP, 2ª CDPub, Ap. Cív. 0000111-74.2004.8.26.0444, Rel. Des. Renato Delbianco, julg. 15.9.2015; TJRJ, 3ª C.C., Ap. Cív. 0021372-90.2006.8.19.0001, Rel. Des. Mário Assis Gonçalves, julg. 6.2.2013.

⁵⁷ Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*, vol. IV, 11ª ed., Saraiva, São Paulo, 2016, 133.

⁵⁸ A decisão restou assim ementada: “Civil e processual. Recurso especial. Ação indenizatória. Responsabilidade civil do empregador por ato de preposto (art. 932, III, CC). Teoria da aparência. Responsabilidade objetiva. Precedentes. 1. Nos termos em que descrita no acórdão recorrido a dinâmica dos fatos, tem-se que o autor do evento danoso atuou na qualidade de vigia do local e, ainda que em gozo

Observe-se, por fim, que o termo “comitente”, constante da redação do inciso III do art. 932, é utilizado em sentido impróprio, como sinônimo de preponente, não se confundindo com uma das partes do contrato de comissão, disciplinado nos artigos 693 a 709 do Código Civil. Pelo contrato de comissão, uma pessoa, denominada comissário, adquire ou vende bens em nome próprio, mas por conta de outrem, chamado comitente.⁵⁹ Por conseguinte, o comissário se obriga diretamente com as pessoas com quem contratar, as quais não têm ação contra o comitente, tampouco este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes (art. 694).⁶⁰ Ademais, o comitente não responde por atos do comissário, já que não atua como colaborador dependente do comitente.

5. Responsabilidade dos donos de hotéis e estabelecimento de ensino.

De acordo com o art. 932, inciso IV, respondem os donos de hotéis e estabelecimentos similares pelos atos praticados pelos seus hóspedes. A regra, de origem romana, revela-se obsoleta. Ao propósito, Silvio Rodrigues já asseverava ser “difícil imaginar a empresa Hilton, por exemplo, ser responsabilizada pelo dano causado a terceiro, atropelado por seu hóspede, ou por ele ferido em uma briga ocorrida na vizinhança (...) ou que a dona de uma pensão de estudantes possa ser compelida a reparar o prejuízo por eles causado ao danificarem um restaurante após libações comemorativas”.⁶¹ A responsabilidade dos donos de hotéis e estabelecimentos similares encontra-se melhor disciplinada nas relações de consumo, reconduzida ao campo da responsabilidade por fato próprio, no âmbito da qual já se trata a responsabilidade de

de licença médica e desobedecendo os procedimentos da ré, praticou o ato negligente na proteção do estabelecimento. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o empregador responde objetivamente pelos atos ilícitos de seus empregados e prepostos praticados no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (arts. 932, III, e 933 do Código Civil). (...)” (STJ, 4ª T., REsp 1.365.339/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti julg. 2.4.2013).

⁵⁹ De acordo com Pontes de Miranda, “a comissão se caracteriza por serem os atos do comissionário em seu nome, ele é que figura no contrato, ele é que oferta ou aceita, ele é que promete ou recebe a promessa, ele é que dispõe ou é beneficiado pelo ato de disposição praticado pelo terceiro. É na figura jurídica do negócio jurídico que se há de procurar o comissionário. Não fica de fora, como mediador, nem fica em vez de outrem, como o representante. É figurante” (*Tratado de Direito Privado*, t. 43, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, 285).

⁶⁰ CC, “Art. 694. O comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes.”

⁶¹ Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. IV, 19ª ed. atual., Saraiva, São Paulo, 2002, 79-80

donos de hotéis por danos causados a seus hóspedes por empregados e prepostos (CDC, art. 14).⁶²

Com efeito, a utilidade do dispositivo se restringe à responsabilidade dos estabelecimentos de ensino. Segundo se afirma, transferindo os pais para certa instituição de ensino a guarda transitória de seus filhos, passa a ser desta, não já daqueles, a responsabilidade pelos prejuízos eventualmente causados pelos estudantes a terceiros durante sua estada no estabelecimento, ou em veículo de transporte oferecido pela instituição.⁶³ A responsabilidade objetiva se aplica indistintamente tanto ao internato quanto ao externato, à escola particular ou à escola pública, no âmbito da qual responde o ente da federação sob cuja administração a instituição se encontra.

Observe-se, contudo, que se tratando de danos causados aos próprios alunos, incide o artigo 14 do CDC, por se cuidar de falha do serviço. De todo modo, também aqui, mister a presença do nexo causal entre o dano e o dever do estabelecimento de zelar pela integridade física e psíquica de seus alunos. Ilustrativo a esse respeito foi o julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em ação na qual a autora pleiteava ressarcimento do estabelecimento de ensino em razão da divulgação de imagens registradas e divulgadas por dois colegas, captadas clandestinamente quando a autora e outro aluno, então menores de idade, realizavam ato sexual consensual no banheiro da instituição. Entendeu o Tribunal que não havia nexo de causalidade entre a conduta dos réus e o dever de vigilância da instituição, afastando, assim, a responsabilidade objetiva da escola.⁶⁴

⁶² Nessa seara, problema que suscitou grande discussão no âmbito da doutrina e da jurisprudência foi a responsabilidade dos hotéis pelos bens dos hóspedes recolhidos em cofres colocados à disposição dos mesmos. O Superior Tribunal de Justiça pacificou a questão, adotando entendimento segundo o qual não se configura relação de depósito, podendo o estabelecimento incorrer em responsabilidade se violado seu dever de vigilância (STJ, 3ª T., AgRg no Ag 249826/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julg. 10.12.1999).

⁶³ Caio Mario da SILVA PEREIRA, *Responsabilidade Civil*, 11ª ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino, Forense, Rio de Janeiro, 2016, 134.

⁶⁴ “Nos termos do art. 932, I, e 933 do Código Civil, a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores é objetiva. Não podem os pais, assim, eximir-se da responsabilidade comprovando seu comportamento diligente, mas somente comprovando a interrupção do nexo de causalidade. Não há, no caso, como se imputar o nexo de causalidade entre a conduta de B.C.S. e K.L.M. e o dever de vigilância do estabelecimento de ensino. Não é necessário entrar no mérito da discussão sobre se o colégio deve ou não manter inspetores vigiando os banheiros. Tendo em vista que o ato ilícito em discussão não foi o ato sexual praticado nas dependências do colégio, mas o registro e a divulgação das imagens sem autorização, não há como se imputar liame de causalidade ao estabelecimento de ensino, sob pena de adotar-se a vetusta teoria da equivalência das concausas, segundo a qual o marceneiro que construiu o leito é responsável pelo adultério nele praticado. Qualquer que fosse o local em que o ato sexual fosse realizado, o artifício para o registro e divulgação das imagens poderia ter ocorrido, dependendo apenas da conduta dos réus para tanto”

Discute-se se haveria direito de regresso da instituição contra os pais dos alunos. A melhor doutrina entende que não, tendo em vista a já mencionada transferência da guarda ao colégio.⁶⁵ Nesse sentido também tem-se manifestado a jurisprudência: “a responsabilidade do estabelecimento de ensino por dano causado por menor de idade, fundada no 932, inciso IV, do Código Civil, não permite o direito de regresso contra os pais, tendo em conta a transferência da posse de fato da criança, sendo unicamente responsável a escola”.⁶⁶

6. Responsabilidade dos que tiraram proveito do crime.

O artigo 932, inciso V impõe responsabilidade a quem auferiu proveito da prática de determinado crime. Não cuida o dispositivo de coautoria – disciplinada no artigo 942 do Código Civil⁶⁷ –, mas de proveito inocente e gratuito,⁶⁸ a exemplo do que se passa com o donatário de certa quantia furtada que sequer tem conhecimento do crime.⁶⁹ A inocência, no entanto, não é causa jurídica passível de gerar o enriquecimento do beneficiário, pelo que o montante do proveito obtido com o crime deve ser ressarcido à vítima. A rigor, a hipótese não encerra propriamente responsabilidade por fato de terceiro, cuidando-se de ação *in rem verso*, que sequer dependeria de previsão legal específica,⁷⁰ já que albergada pelo artigo 884 do Código Civil.⁷¹

(TJRJ, 17ª C.C., Ap. Cív. 0159240-42.2008.8.19.0001, Rel. Des. Márcia Ferreira Alvarenga, julg. 7.8.2013).

⁶⁵ Sergio Cavalieri Filho, *Programa*, 204; Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, 98.

⁶⁶ TJRS, 10ª C.C., Ap. Cív. 70024551392, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, julg. 28.5.2009.

⁶⁷ “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

⁶⁸ De acordo com Clóvis Bevilacqua, “a ideia de compartição gratuita exclui a codelinquência” (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. V, 12ª ed., Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1957, 231-232).

⁶⁹ O Tribunal de Justiça de São Paulo condenou o marido de auxiliar administrativa a devolver a quantia furtada pela esposa da imobiliária em que trabalhava. De acordo com o Relator, “Os valores subtraídos pela autora foram depositados na conta bancária de seu marido, por ele livremente movimentada. Inegável, pois, seu dever solidário de reparar os danos causados aos requerentes” (TJSP, 6ª CDPriv, Ap. Cív. 0003833-52.2006.8.26.0281, Rel. Des. Francisco Loureiro, julg. 1.11.2012).

⁷⁰ Pontes de MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. 53, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, 161.

⁷¹ CC, “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.”

7. Ação regressiva

Como já se observou, embora a regra seja a responsabilidade direta, vale dizer, cada um responde apenas pelo dano a que deu causa, o Código Civil, a fim de tutelar a vítima, atribuiu responsabilidade objetiva a quem tem meios de indenizá-la. Cuida-se de casos em que o autor do dano ordinariamente não tem condições de fazê-lo – como se passa na hipótese de responsabilidade dos pais pelos filhos e dos tutores pelos pupilos –, ou em que é possível vincular o dever de reparação àquele que obtém proveito da atividade exercida pelo causador do dano – como ocorre na responsabilidade do empregador pelos atos do empregado.

Isso não importa, todavia, exoneração da responsabilidade do autor do dano. Ao contrário. É o causador do dano a quem cabe, em última instância, o dever ressarcitório, sendo a responsabilidade pelo fato de terceiro apenas um meio legal de garantir que a vítima não fique irressarcida.⁷² Por isso, o artigo 934 do Código Civil⁷³ estabelece a possibilidade de aquele que houver suportado os efeitos da responsabilidade indireta ajuizar ação regressiva contra o autor do dano e recuperar o valor desembolsado com a reparação da vítima.

O preceito do artigo 934 estabelece uma única hipótese de afastamento da ação de regresso: quando o autor do dano for descendente, absoluta ou relativamente incapaz, do responsável pela indenização.⁷⁴ A proibição do regresso, nesse caso, justifica-se por “considerações de ordem moral e da organização econômica da família” e pela “solidariedade moral e, até certo ponto, econômica do ascendente para com o descendente”.⁷⁵ Compreende-se o dispositivo tendo em vista a diversidade de fundamentos que animou o legislador a estabelecer as diversas hipóteses de responsabilidade indireta. O fundamento da responsabilidade do empregador pelos atos

⁷² Caio Mario da SILVA PEREIRA, *Responsabilidade Civil*, 11ª ed. rev. e atual. por Gustavo Tepedino, Forense, Rio de Janeiro, 2016, 135.

⁷³ CC, “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.”

⁷⁴ Tampouco se exige do descendente causador do dano que leve à colação o montante pago pelo ascendente a título de indenização, pois não se cuida de liberalidade, mas de imposição legal. Na mesma direção, confira-se Orlando GOMES, *Responsabilidade Civil*, Forense, Rio de Janeiro, 2011, 101.

⁷⁵ Clóvis BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. V, 12ª ed., Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1957, 234. E prossegue o autor, na mesma sede: “Na verdade, nenhuma das pessoas, que têm de ressarcir o dano causado por outra, se acha na situação especial de aproximação afetiva, de dever de vigilância, de solidariedade moral e, até certo ponto, econômica, do ascendente para com o descendente. São razões essas, mais que suficientes para dar apoio sólido à exceção restritiva do Código Civil brasileiro”.

do empregado se baseia no lucro ou benefício por ele auferido com a atividade de seu preposto, situando-se, por conseguinte, no âmbito exclusivamente patrimonial. Em contrapartida, no campo da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, cuja relação é pautada sobretudo por aspectos existenciais, a ação de regresso, voltada para o ressarcimento financeiro, amesquinharia a relação paterno-filial. Andou bem, portanto, o legislador, ao manter a orientação já consagrada no Código Civil de 1916.

Pontes de Miranda, todavia, arguia, sob a égide do Código anterior, a injustiça da proibição do regresso nos casos em que os pais são pobres, e os filhos, ricos.⁷⁶ A crítica, que no sistema anterior poderia se justificar,⁷⁷ já não se sustenta frente à dicção do artigo 928,⁷⁸ segundo o qual o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não dispuserem de meios suficientes. Logo, se os pais, tutores ou curadores não tiverem condições de arcar com a indenização, o patrimônio do incapaz poderá ser alcançado para fazer frente à indenização devida.

Ao propósito, notável foi a inovação trazida pelo parágrafo único do artigo 928, segundo o qual a indenização, além de equitativa, não deve privar o incapaz dos meios necessários à sua sobrevivência. Embora o dispositivo proteja, em sua literalidade, apenas o patrimônio do incapaz, interpretação à luz da Constituição impõe a ampliação de seus confins, para concebê-lo como verdadeiro princípio geral da responsabilidade civil. Erigido a fundamento da República pela Constituição de 1988, o princípio da dignidade humana exige que se garanta, a cada indivíduo, os meios necessários para o desenvolvimento da sua personalidade e para a manutenção de uma vida digna. Significa que a preservação de patrimônio mínimo, protegido contra os interesses patrimoniais dos credores, que garanta ao devedor a manutenção de sua dignidade, é exigência da Constituição, e independe de previsão infraconstitucional específica. Cuida-se, por

⁷⁶ Pontes de MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. 53, 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1984, 166.

⁷⁷ Serpa Lopes discordava da crítica de Pontes de Miranda, e apoiava a exceção legal: “A desvantagem que esse dispositivo possa acarretar quando haja uma diferença de nível econômico entre o patrimônio do descendente em face do do ascendente, é uma circunstância excepcional que não diminui o valor do princípio geral consagrado em nosso Código” (*Curso de Direito Civil*, vol. V, 2ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1962, 285).

⁷⁸ CC, “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. Se as prestações forem deixadas a título de alimentos, pagar-se-ão no começo de cada período, sempre que outra coisa não tenha disposto o testador.”

consequente, de “imunidade jurídica inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores”.⁷⁹

Em termos práticos, o limite humanitário há de ser tutelado também nos casos em que a indenização recaia sobre o patrimônio do pai, tutor ou curador, de sorte que a utilização do patrimônio do incapaz se dê não apenas quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos ao montante necessário à preservação da vida digna,⁸⁰ noção que não deve ser interpretada restritivamente, sob pena de se limitar o alcance do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

8. Conclusão

Assistiu-se nos últimos anos a mudança paradigmática da responsabilidade civil no panorama legislativo, jurisprudencial e doutrinário brasileiro. Alteraram-se função e estrutura: abandonou-se a função punitiva em favor de função ressarcitória, a fim de tutelar prioritariamente a vítima, e modificaram-se os elementos do instituto – flexibilizou-se o nexo causal por meio da adoção das noções de fortuito interno e fortuito externo; delimitou-se a indenização pela extensão do dano sofrido pela vítima; substituiu-se a noção de culpa subjetiva pela de culpa normativa; e expandiu-se a responsabilidade objetiva com a introdução, no parágrafo único do art. 927, de cláusula geral de risco, bem como com a imposição, em diversas previsões legais específicas, do dever de indenizar independentemente da identificação da conduta culposa do ofensor, a exemplo do que ocorreu no âmbito da responsabilidade por fato de terceiro.

Considera-se objetiva a responsabilidade dos pais, curador, tutor e empregador, embora o dever de reparar não possa ser deflagrado sem a presença de dano ressarcível. Tal responsabilidade, todavia, dependerá da prova de ato culposo do agente que agiu diretamente ou, no caso de agentes inimputáveis, por ausência de discernimento, da

⁷⁹ Luiz Edson FACHIN. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, 1.

⁸⁰ Nessa direção, aprovou-se o Enunciado nº 39 na Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal nos seguintes termos: “A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade”.

verificação de ato equivalente ao ilícito, por representar descumprimento de dever legal, hábil a produzir dano injusto.

A responsabilidade dos pais é solidária e decorre, a um só tempo, da menoridade dos filhos e da circunstância de se acharem sob sua autoridade parental e companhia, entendida esta no sentido de influência sobre a criança, não se fazendo necessária a vigilância concreta ou o contato físico permanente e atual com o menor. A extinção da conjugalidade não altera a responsabilidade dos pais, tendo em vista não apenas que ambos conservam a autoridade parental, mas, sobretudo, que a regra passou a ser a guarda compartilhada. Nas excepcionais hipóteses de guarda unilateral, apenas o guardião, que tem o menor em sua constante companhia, responderá pelo dano, salvo quando o menor o cause em dia de visita regulamentada, hipótese em que o não guardião responderá com exclusividade. De todo modo, o patrimônio do menor responderá subsidiariamente, se superior ao patrimônio de seus pais – insuficiente para adimplir o dever de reparar –, ou mesmo de forma direta, quando as pessoas por ele responsáveis *não tiverem obrigação de fazê-lo*, o que se verifica quando o ressarcimento encerra medida socioeducativa, imposta em razão da prática de ato infracional.

O tutor e o curador respondem, na mesma direção, objetivamente pelos danos causados pelos pupilos e curatelados que se encontrem sob sua autoridade e em sua companhia. Diante das alterações trazidas à lume pela Lei Brasileira de Inclusão, o curador, de regra, responderá apenas pelos danos causados por atos da pessoa com deficiência abarcados pelos poderes expressamente conferidos na sentença de interdição, sem prejuízo das hipóteses extremas em que, dado o severíssimo grau de comprometimento da funcionalidade do curatelado, sejam outorgados poderes de representação no âmbito da curatela, circunstância extrema em que o curador responderá objetivamente por todos os danos causados pela pessoa com deficiência.

Da mesma forma, responde o empregador objetivamente pelos atos praticados pelo empregado, desde que provada a prática de ato culposo pelo subordinado. Cuidando-se, todavia, de ato praticado durante o exercício de sua atividade laboral, mas com abuso ou desvio de suas funções, a solução repousará na teoria da aparência, imputando-se responsabilidade ao empregador se contribuiu com sua ação ou omissão para a produção da situação geradora da confiança e se, evidentemente, o lesado não sabia que o empregado agia fora de suas funções. De todo modo, como se observou, o âmbito de

incidência do dispositivo foi reduzido drasticamente, abarcando apenas as situações fáticas que não se enquadrem em nenhum dos dispositivos específicos previstos em lei.

Embora o artigo 932, inciso IV, preveja a responsabilidade objetiva dos donos de hotéis e estabelecimentos similares pelos atos praticados pelos seus hóspedes, a utilidade da regra se restringe aos estabelecimentos de ensino, já que, como se apontou, a responsabilidade dos donos de hotéis e estabelecimentos similares encontra-se melhor disciplinada nas relações de consumo. Ao propósito, contudo, tratando-se de danos causados aos próprios alunos, incide o artigo 14 do CDC, por se cuidar de falha do serviço. Por outro lado, uma vez que a inocência não se afigura causa jurídica passível de gerar o enriquecimento do beneficiário, aquele que auferir proveito da prática de determinado crime – o que não se confunde com coautoria – também responde objetivamente pelo ressarcimento do benefício obtido à vítima.

A despeito de todas as situações mencionadas imputarem objetivamente responsabilidade aos sujeitos referidos, pontuou-se a possibilidade, admitida no artigo 934, de aquele que houver suportado os efeitos da responsabilidade indireta ajuizar ação regressiva contra o autor do dano e recuperar o valor desembolsado com a reparação da vítima, salvo se o autor do dano for descendente, absoluta ou relativamente incapaz, do responsável pela indenização, tendo em vista a solidariedade moral e econômica do ascendente para com o descendente. Ressalte-se, ainda, a notável inovação trazida pelo parágrafo único do artigo 928, cuja interpretação, à luz da Constituição da República de 1988, permite preservar não apenas o patrimônio mínimo do menor – conforme expressamente admitido pela dicção do dispositivo –, mas de todo e qualquer devedor, a garantir imunidade jurídica à parcela de seu patrimônio necessária à sua subsistência digna, o que lhe põe a salvo da atuação dos credores.