



ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO INCAPAZ

William Santos Ferreira

Mestre e doutorando pela PUC-SP
Professor nos Cursos de Graduação e Pós-graduação na PUC-SP
e na Universidade Cid. de São Paulo
Advogado.

SUMÁRIO: 1. Aspectos materiais da Responsabilidade Patrimonial do incapaz. – 2. Aspectos processuais do art. 928 do Código Civil. – 2.1. Inimputabilidade: dívida e responsabilidade patrimonial. – 2.2. Sentença Condicional ? – 2.3. Liquidação por artigos. - Bibliografia

1. ASPECTOS MATERIAIS DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO INCAPAZ

O Código Civil trouxe uma grande novidade no âmbito da responsabilidade, que poderia ser genericamente denominada de responsabilidade *subsidiária* (*rectius*: patrimonial) do incapaz.

A grande polêmica está na definição de qual a teoria da responsabilidade, objetiva ou subjetiva, é aplicável à situação concreta do incapaz esculpida no art. 928 do Código Civil.

Antes de adentrar propriamente no tema, sinto a necessidade de aguçar meu espírito crítico e, para tal, excepcional é a explicação de WILSON MELO DA SILVA quando trata, em obra de 1974, dos atos lesivos causados por incapazes, dizendo que com base na “(teoria clássica) jamais se poderia considerar culpado quem não estivesse no livre gozo de suas faculdades mentais, vale dizer, de uma vontade desembaraçada, não maculada, não defeituosa... Quem viesse a se tornar vítima das ações do louco, já dizia ULPIANO ao tempo dos romanos, é como se tivesse sido danificado por um cataclisma ou pelo vento [ou seja, simples fortuito] O fortuito a ninguém obriga. É filho do azar. E, com isso, os adeptos da culpa clássica queriam significar apenas que, na pureza de seus princípios e de suas lógicas



conseqüências, não se podia fazer imputar a nenhum mentecapto, pelo fato de seu nenhum discernimento, vale dizer, por uma culpa, no caso, materialmente impossível de se conceber”¹.

Enfim, a vítima era “filha do azar”, já que não teria como responsabilizar o louco, sua situação equivaleria à vítima de um “cataclisma”.

É diante da evolução *crítica* deste raciocínio clássico que se chega aos objetivos do artigo 928 do Código Civil:

Título – DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Capítulo I – Da Obrigação de Indenizar

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.

MARIA HELENA DINIZ², ao tratar da imputabilidade, assevera: “A imputabilidade, elemento constitutivo de culpa, é atinente às condições pessoais (consciência e vontade) daquele que praticou o ato lesivo, de modo que consiste na possibilidade de se fazer referir um ato a alguém, por proceder de uma vontade livre. Assim, são imputáveis a uma pessoa todos os atos por ela praticados, livre e conscientemente. Portanto, ter-se-á imputabilidade, quando o ato advier de uma vontade livre e capaz. Para que haja imputabilidade é essencial a capacidade de entendimento (ou discernimento) e de autodeterminação do agente”

AGOSTINHO ALVIM³ faz alusão aos sistemas jurídicos que prescrevem “a indenização sempre que o contrário resulte em injustiça”, especialmente na hipótese de dano produzido por agente incapaz (privado de discernimento) quando seus representantes não responderem eficazmente ou não tenham culpa no evento danoso.

¹ *Responsabilidade sem culpa*, p. 155.

² *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7 – p. 46.

³ *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, p. 254.



Vemos aqui a fonte provavelmente utilizada pelos responsáveis pela redação do art. 928.

Para WILSON MELO DA SILVA⁴ a “afetação” do patrimônio do incapaz em casos de ilícitos por ele praticados decorre das “necessidades sociais, a equidade e, para muitos, até mesmo o bom senso como que impunham não ficassem irressarcidos os danos levados a efeito pelas pessoas privadas de discernimento”.

Antes de mais nada, “responder pelos prejuízos” não pode ser o mesmo que “ser responsável pelo evento danoso”. Vou procurar ao longo deste trabalho explicar melhor este ponto de vista.

A regra no Código Civil é de que o incapaz não responde por seus atos, tanto que os pais respondem na hipótese do art. 932, I, isto é, se o filho menor estiver “sob sua autoridade” e “em sua companhia”; o mesmo ocorrendo com os tutores e curadores (932, II).

A inimputabilidade e a ausência de *dever jurídico* precisam ser bem analisadas.

Como lecionam com precisão CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO e SÉRGIO CAVALIERI FILHO, “não há responsabilidade sem violação de dever jurídico”⁵ e continuam observando que “a violação do dever implica no agente uma qualidade que é a *imputabilidade*”.

Por que, então, o incapaz responde nos termos do art. 928 ?

A razão é: porque alguém precisa *pagar a conta*.

Dentro de algumas condições, não é crível que “a conta” fique justamente com a vítima, especialmente se o incapaz possuir patrimônio considerável.

Imagine-se o caso de absolutamente incapaz (art. 3º, CC) que recebeu uma grande herança, cujo responsável não possui patrimônio. Saindo com o carro, menor ainda, e

⁴ *Responsabilidade sem culpa*. – p. 87

⁵ *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XIII, p. 157.



matando uma pessoa, é razoável que os filhos da vítima não consigam obter uma indenização, alimentos?

É claro que não. Para hipóteses como esta que o art. 928 deve ser ministrado, embora com dosagens variáveis conforme as necessidades e possibilidades dos envolvidos, que deverão ser consideradas utilizando-se a *equidade* (parágrafo único, art. 928).

Interessante se observar que o Código Civil dos Soviets expressamente admitia, em interpretação combinada dos seus arts. 405 e 406, que o incapaz reparasse o dano, devendo o Tribunal “levar em conta sua situação de fortuna e a da vítima”, que é, *mutatis mutandis*, o espírito do art. 928.

No Código Civil dos Soviets conforme traduzido por NONATO DA CRUZ⁶, em 1933:

- art. 405. A pessoa incapaz, excluídos os casos previstos no artigo 9º do presente Código, não responde pelos danos causados, respondendo por ela a pessoa encarregada de vigiá-la.
- art. 406. No caso de isenção da reparação previsto pelos artigos 403 a 405 do presente Código, o causador do dano pode, no entanto, ser obrigado a repará-lo, devendo o Tribunal levar em conta sua situação de fortuna e a da vítima.

Finalmente no referido Código Civil vê-se a preocupação com a obrigação *in natura* e apenas de forma secundária a compensação financeira:

- art. 410. A reparação do prejuízo deve consistir em restabelecer a situação anterior e, na medida em que este restabelecimento não seja possível, a compensar as perdas causadas.

AGOSTINHO ALVIM, na sua célebre “Da inexecução das obrigações e suas conseqüências”⁷, já demonstrava que esta mesma posição (responsabilização *patrimonial* do agente incapaz como imposição da *equidade*) era adotada por outros países, como é o caso dos Códigos Civis: Suíço (livro V – art. 54, parágrafo 1º - “responsabilidade das pessoas

6 *Codigos Civis dos Soviets (U.R.S.S.) Anotados, Comentados e Comparados com a Legislação Brasileira*, Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Fº Editor, 1934.

7 Ob. cit., p. 255.



incapazes de discernimento”), Alemão (§ 829 que trata da “responsabilidade equitativa”) e o Italiano (art. 2047 – “prejuízo ocasionado pelo incapaz”).⁸

Por outro lado, o Código Civil Japonês⁹, um pouco mais conservador, seguia a posição adotada pelo Código Civil Brasileiro de 1916 que somente estabelece a responsabilidade dos pais, tutores, curadores, ou outros que estejam sob ordem daqueles:

Artículo 712. Daños causados por un menor: El menor que cause un dano a outro no estará obligado a la indemnización de daños y perjuicios si carecia en aquel momento de la capacidad de discernimiento necesaria para asumir la responsabilidad.

Artículo 713. Daños causados por enfermos mentales: El que no sea capaz de advertir la responsabilidad de su acto a causa de su enfermedad mental no está obligado a la indemnización de daños y perjuicios, a no ser que el trastorno mental transitorio haya sido causado por él com dolo o culpa.

O nosso atual Código Civil parece ter se baseado no ordenamento jurídico dos países desenvolvidos citados e, nos requisitos do art. 928, temos as condições para o incapaz “responder”:

- a) pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de ressarcimento; “ou” (partícula disjuntiva e não conjuntiva!)
- b) não dispuserem de meios suficientes.

Portanto, para *alcançar o patrimônio do incapaz* mister se faz que haja ou *ausência de responsabilidade* dos pais, tutores ou curadores ou o *patrimônio destes não seja suficiente*.

Mas em razão da da necessidade, diante do 928, de não se falar na “culpa” do incapaz, corre-se o risco da simplificação e afirmar-se que responsabilidade do incapaz seria “objetiva”, o que poderia parecer correto para afastar-se o complicador “culpa” já que do incapaz não se poderia exigir discernimento e dever de diligência.

⁸ O que pode ser verificado com a análise dos dispositivos legais traduzidos por SOUZA DINIZ: *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações* (p. 166), *Código Civil Alemão* (p. 138-139) e *Código Civil Italiano* (p. 301).

⁹ Código Civil Japonês. Estudo preliminar, tradução y notas Rafael Domingo – Nobuo Hayashi. P. 218



Por outro lado, RUI STOCCO¹⁰ apresenta ferrenha crítica ao art. 928: “Importa, sim, o fato de que os princípios que norteiam a responsabilidade civil e o Direito, como um todo, foram desprezados ou feridos.”

E continua o Mestre: “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”.

RUI STOCCO¹¹ ainda faz importante observação em relação à responsabilidade objetiva, que é um dos pontos que pretendo tratar: “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.”

Em relação à classificação como responsabilidade objetiva do incapaz: Se uma pessoa absolutamente capaz responde no sistema jurídico apenas quando houver dolo ou culpa (art. 927, *caput*) como se afirmar que o incapaz responde objetivamente, ou seja, sem culpa? Estará ele numa situação pior que o capaz?

O objetivo da lei é o reequilíbrio patrimonial respondendo por tal aquele que foi o culpado *lato sensu* pelo evento danoso, logo, tanto o capaz como o incapaz respondem

¹⁰ Responsabilidade Civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro, *in* Estudos em Homenagem ao Bicentenário Do Código Civil Francês, in http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/bicentenario/textos/ru_i_stoco.doc .



na hipótese de dolo ou culpa, no entanto, em relação ao incapaz esses elementos são apreciados no plano objetivo (ato imprudente, etc.) não que o incapaz tenha dever de prudência (e outros), mas quando no plano objetivo isto se verifica, como dirigindo veículo, ultrapassar farol vermelho, dirigir na contramão, entre outros, se o agente fosse capaz, estes dados seriam suficientes para a responsabilização, no caso do incapaz estes dados *objetivos* serão considerados¹², todavia para que alcance o patrimônio do incapaz, até por uma questão de justiça, deverão ser considerados *também* os requisitos lançados no art. 928 do CC.

Com isso, o sistema assim interpretado estabelece um *plus* para o alcance do patrimônio do incapaz em relação a um agente capaz para o mesmo evento danoso e é aqui, neste ponto, aonde noto um autêntico divisor de águas entre o regime de responsabilização pelo *ilícito penal* e aquele estabelecido não para responsabilização no sentido punitivo, mas de *recomposição, equidade, e até proporcionalidade* em relação a um evento que teria como agente o inimputável e cuja conta ficaria com a vítima, mesmo que esta conta pudesse ser paga sem qualquer sofrimento não pelo incapaz, mas pelo seu patrimônio.

Teríamos aqui, até em última análise, no não alcance do patrimônio do incapaz uma violação ao princípio do devido processo legal cujo mote é a proteção da vida, da liberdade e da propriedade.

O legislador não foi feliz quando utilizou a terminologia genérica “responsabilidade do incapaz” porque a moderna doutrina processual já separa a “dívida” da “responsabilização patrimonial”, demonstrando que mesmo aquele que não é devedor, pode ter seu patrimônio alcançado nas *hipóteses legalmente estabelecidas*.

Como leciona ORLANDO GOMES¹³, ressaltando que sua posição não está imune a críticas, que “distinguem-se, no conceito de *obrigação*, os de *debitum* e *obligatio*... ao se decompor uma *relação obrigacional*, verifica-se que o direito de crédito tem como fim imediato uma prestação, e *remoto*, a sujeição do patrimônio do devedor... ao *dever de prestação* corresponde o *debitum*, à *sujeição*, a *obligatio*, isto é, a *responsabilidade*. ... Em princípio, há coincidência entre *debitum* e *obligatio*, por evidente que a responsabilidade se

¹¹ *Ob. cit.*

¹² Neste mesmo sentido ANTUNES VARELA *apud* CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. XIII, Ed. Forense, p. 161.



manifesta como consequência do débito. Há situações, porém, nas quais a decomposição se impõe para clarificar a exposição dogmática de vários institutos e pontos do direito das Obrigações. Existem obrigações sem a coexistência dos dois elementos.”

Processualmente, HUMBERTO THEODORO JUNIOR¹⁴ observa: “A obrigação, como dívida, é objeto do direito material. A responsabilidade, como sujeição dos bens do devedor à sanção, que atua pela submissão à expropriação executiva, é uma noção absolutamente processual. No direito substancial, dívida e responsabilidade podem estar separadas... No direito processual, vai-se mais longe e admite-se até a responsabilidade patrimonial de quem não é nem devedor nem responsável... Para o direito formal, por conseguinte, a responsabilidade patrimonial consiste apenas na possibilidade de algum ou de todos os bens de uma pessoa serem submetidos à expropriação executiva, pouco importando seja ela devedora, garante ou estranha ao negócio jurídico substancial.”

Ora, quando os pais, tutores, curadores, etc. respondem objetivamente pelos atos do incapaz, temos aqui os devedores e, por consequência, a responsabilidade patrimonial, enquanto na situação do incapaz ele não é *devedor*, porque há inimputabilidade, cuja definição é por interpretação *contrario sensu* de imputabilidade: a falta de consciência (discernimento) e de vontade livre para praticar determinado ato.

Agora, quando não exista o devedor (art. 932, I e II c/c art. 933, ambos do Código Civil) ou quando há este devedor, mas não detém patrimônio para responder, verifica-se um verdadeiro alcance do patrimônio do incapaz (com condições suspensivas).

A “culpa” (*rectius*: responsabilidade) no caso do art. 928 não pode, evidentemente, entrar pelo plano subjetivo de exigir de alguém o pensamento, a reflexão, mas sim o apontamento no plano objetivo, concreto, de atos materialmente equivalentes à culpa.

E, ainda que com uma redação inadequada, este “detalhe” está contemplado no início do art. 928 *caput*: “O incapaz responde pelos PREJUÍZOS QUE CAUSAR” e estas palavras não podem ser interpretadas como responsabilidade objetiva e apenas consideração de nexos causal e dano, porque se o incapaz, sem autorização legal, dirige mas não ultrapassa farol vermelho, não está em alta velocidade, está na mão de direção correta e por uma briga

¹³ *Obrigações*, 16ª edição, pp. 18/19.

¹⁴ *Curso de direito processual civil*, vol. II, 38ª edição, p. 122.



num bar com um soco uma pessoa é lançada na frente do veículo, com todo o respeito, não é possível falar-se em responsabilidade objetiva.

Poderiam alguns dizer que isto significaria culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, no entanto, lembro aqui que na responsabilidade subjetiva (do capaz) bastará para a improcedência da ação demonstrar ou até o autor não comprovar a culpa do réu (art. 333, I, CPC) e, neste caso, de forma contraditória e sem sentido o ônus da prova estaria sendo imposto ao incapaz, já que àquele que alegasse ser vítima bastaria a prova do “dano” e do “nexo causal”, o que seria suficiente para a responsabilidade objetiva (art. 333, I, CPC) e o incapaz teria de demonstrar culpa exclusiva da vítima ou de terceiro para não ser atingido (art. 333, II, CPC).

Não pode ser assim ! E não é !

Com todo respeito, esta posição leva o incapaz, material e processualmente, a uma situação pior que a do capaz, incompatível com o sistema jurídico que visa à proteção dos interesses deste último, o que não somente feriria o princípio da igualdade como também o da razoabilidade, tornando letra morta também o disposto nos arts. 3º e seguintes do CC.

Se o incapaz, sem habilitação para dirigir, é parado em uma *blitz* teremos aí situações infracionais no plano administrativo e até do estatuto da criança e do adolescente (se o caso), todavia, se participa de um evento danoso, estes atos infracionais isoladamente considerados não podem ser um mote para a responsabilização objetiva, pois, não representam, rigorosamente e com a precisão indispensável, prejuízo causado *pelo* incapaz, a não ser que seu ato tenha componentes que materialmente sejam equivalentes ao dolo ou à culpa, como dito antes, dirigir em alta velocidade ou dirigir na contramão, por exemplo.

Lembro-me daquela banal situação em que uma pessoa estaciona o veículo em sentido contrário à mão de direção e que um motorista conduzindo seu carro ao fazer uma manobra bate no veículo parado e pretende pelos danos acionar o proprietário do veículo porque estava na mão de direção invertida. Caberia a indenização?

A resposta é cristalina: JAMAIS, porque este ato infracional, embora passível de punição administrativa, não é isoladamente considerado culposos para justificar a



responsabilização, não é elemento que integra o evento para justificar o proprietário como causador dos prejuízos.

Outro exemplo: louco em briga física com rapaz de 25 anos apenas se protege, já que todos os atos de ofensa verbais e físicas partem do capaz, no entanto, durante a tentativa de se proteger, empurra o capaz que bate à cabeça no meio fio, o que o leva à paralisia. Aqui falaríamos em responsabilidade objetiva do incapaz ou deveríamos considerar a precisão já alcançada pela doutrina na teoria da culpa?

O autor da ação, que no caso acima, alega ser “vítima” deverá provar os elementos concretos ligados à culpa para “responsabilização” do incapaz, enquanto na responsabilidade objetiva bastaria comprovar a briga e o dano (nexo causal) e estaríamos então deste modo, quando envolver um incapaz, liberando o autor do ônus da prova relativo ao fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, CPC) e exigindo do incapaz a prova relativa à legítima defesa, etc... (art. 333, II, CPC).

Na responsabilidade objetiva a culpa não é objeto de discussão (não é sequer ônus da prova do autor) e o convite que faço aqui é para que os elementos que descrevem um ato culposos sejam considerados não como um dever infringido pelo agente (incapaz), mas como a necessidade de comprovação por parte do autor (que se diz vítima) para que alcance a responsabilização objetiva dos pais e tutores, curadores, etc. ou do patrimônio do incapaz, na forma preconizada no art. 928 NCC em sintonia com o disposto no art. 333 do CPC.

Insisto, não há “culpa” no plano subjetivo do incapaz, mas que seus atos objetiva e materialmente sejam considerados da mesma forma como são exigidos para a responsabilização de pessoas capazes. Estamos então aqui falando de atos equivalentes materialmente a não tomar as cautelas necessárias para não prejudicar outrem, por exemplo.

Finalizando, o incapaz em razão da sua não consciência, por insanidade ou menor idade, não pode ter um regime jurídico tanto no plano material quanto processual mais gravoso do que o capaz, sob pena da sua inimputabilidade ser contraditoriamente o elemento que lhe agrava a situação e não que a amenize ou até a afaste, logo seu patrimônio responderá quando além de cumpridos os requisitos exigidos para responsabilização de qualquer agente capaz, ainda estejam presentes os requisitos do art. 928 do CC.



Agora vamos aos aspectos processuais.

2. ASPECTOS PROCESSUAIS DO ART. 928 DO CÓDIGO CIVIL

2.1. Inimputabilidade: dívida e responsabilidade patrimonial

Tanto a responsabilidade, como patrimônio suficiente são hipóteses previstas no art. 928 que somente serão constatáveis no *curso da ação* ou até *após o processo de conhecimento*, na fase de execução, quando, v.g., não forem encontrados bens suficientes dos responsáveis.

O que pretendo aclarar é que *do evento danoso, passando pelo ajuizamento da ação até o trânsito em julgado da sentença, a fase executiva e a reparação* não podemos considerar o disposto no art. 928 sob o plano estático, mas sim *dinâmico*, isto é, todo o longo percurso entre o dano e a reparação não é possível ser demonstrado e tratado por “uma” foto, mas sim pela filmagem de um “longa metragem” e, sem esta noção, é impossível operacionalizar o art. 928.

Quando referido artigo aponta “responsabilidade” do incapaz e traz condições suspensivas, que passam pela não responsabilidade das pessoas mencionadas no art. 932, I e II c/c art. 933 e, mesmo no caso desta responsabilização, caso os mesmos não tenham patrimônio para responder pela obrigação poderá incidir o art. 928, mas ainda precisarão ser constatados outros requisitos, aferíveis em momentos diversos, já que o patrimônio do incapaz somente poderá ser afetado, quando não prejudique o sustento do mesmo ou daqueles que dele dependem, e, finalmente, ainda precisar-se-á verificar qual o montante a ser pago, definido por equidade.

O aspecto temporal é relevantíssimo porque tudo isto não é passível de verificação em apenas um momento específico, daí e porque devemos interpretar os dispositivos à luz das peculiaridades e momentos em que cada regra incidirá, o que certamente não envolverá uma aplicação *instantânea* do art. 928.

Ou seja, o disposto no art. 928 “vai incidindo” do evento danoso à reparação.



A precisa compreensão dos requisitos e objetivos do art. 928 não é suficiente para torná-lo efetivo, para tal fim é indispensável que o sistema processual disponha de *meios*, de *instrumentos* aptos à concretização dos objetivos do art. 928, sob pena do processo ser o obstáculo para o alcance do direito material.

Ora, se no momento da execução, os exeqüentes do título judicial (sentença condenatória) objetivarem alcançar o patrimônio do *incapaz* (incapacidade à época dos fatos, é bom que se diga!), mas este não tenha sido incluído no pólo passivo, o título não terá sido constituído em relação a ele, não podendo, portanto, atingi-lo.

Segundo o inciso LIV do art. 5º da CF: “ninguém será privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal”.

Até a presença necessária do Ministério Público somente ocorrerá no processo se o incapaz integrar um dos pólos da relação jurídica.

Tanto a integração no pólo passivo do incapaz (que será nos autos representado se absolutamente ou assistido se relativamente incapaz – art. 7º do CPC) é imprescindível que o parágrafo único do art. 928 do NCC preconiza: “A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”. A *equidade* deverá ser aplicada considerando a situação da vítima e do agente (o incapaz) e, sobretudo, seu patrimônio¹⁵, sendo que a recomposição patrimonial da vítima somente será *concretizada* se o incapaz integrar o pólo passivo da ação e referidos elementos forem considerados na sentença judicial.

Mas os problemas não se encerram com a presença do incapaz no pólo passivo, este é um elemento a ser considerado quando de sua “condenação”, porém o patrimônio do incapaz que permite a sua responsabilidade é o existente no momento do evento danoso, ou no curso do processo?

Acredito, nestes primeiros tempos, que o que o Código Civil prevê é a *responsabilidade patrimonial do incapaz* e não a *responsabilidade pelo evento* propriamente

¹⁵ Regulamentação muito similar àquela do Código Soviético já citado.



dito, porque se há inimizabilidade do incapaz (por exemplo, amental) prevista nos arts. 6º e seguintes, não pode ele ser responsável, porque responsáveis serão aqueles que devem dele cuidar (art. 932, I e II, NCC).

Mas se os pais, por exemplo, não forem responsáveis, isto é, não havendo responsáveis em razão de *imputabilidade* (art. 928, *caput*, primeira parte) ou, em havendo responsabilidade, o patrimônio deles não for suficiente (art. 928, *caput*, segunda parte) neste caso é que se atingirá o “*patrimônio do incapaz*”, desde que haja força patrimonial para não o privar, nem quem dele dependa, do necessário (parágrafo único, art. 928), tudo, evidentemente, a depender de contraditório para debate, análise e deliberação judicial.

Na execução bem se distinguem, no plano jurídico, *dívida* e *responsabilidade*, para demonstrar que nem sempre o responsável pela dívida é devedor, como bem ressalta HUMBERTO THEODORO JUNIOR¹⁶ citando ALCIDES DE MENDONÇA LIMA.¹⁷

E continua o processualista mineiro: “Nota-se, destarte, um desdobramento da obrigação em dois elementos distintos: a) um de caráter *pessoal*, que é a *dívida* (“Schuld”); e b) outro de caráter *patrimonial*, que é a *responsabilidade* (“Haftung”) e que se traduz na sujeição do patrimônio a sofrer a sanção civil.”¹⁸

Portanto, a hipótese do art. 928 não trata de “mutabilidade” ou formas de “transmutação” entre ser imputável ou inimputável, entre ser devedor ou não, aqui o incapaz é SEMPRE INIMPUTÁVEL e não é devedor, porque responde (propriamente) “o seu patrimônio” em alguns casos por seus atos, ainda que a redação do dispositivo legal não seja das melhores.

Têm-se aqui não *quem* (incapaz) responde, mas *o que* (o patrimônio) e *quando* (em que hipóteses) responde.

¹⁶ *Curso de direito processual civil*, vo.I, II, p. 45. (verificar volume)

¹⁷ Para entender a polêmica entre a responsabilidade ser instituto de direito processual ou de direito material, ver o cuidadoso levantamento de posicionamentos doutrinadores realizado por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Lições de direito processual civil*, vol. 2, p. 171, especialmente nota 138.

¹⁸ *Ob. cit.*, p. 46.



Porém, mesmo sem a “dívida”, como todos os ônus pelo evento ficariam com a vítima, que não tem responsabilidade, ao contrário, somente prejuízos, há um *estado de igualdade* no plano da inexistência de “dívida”, de não participação no evento danoso¹⁹, isto é há igualdade jurídica, em certo sentido, entre “agente” e “vítima”, o que, escorado no princípio da razoabilidade não pode justificar que o prejuízo seja assumido integralmente pela vítima, se o patrimônio do “agente” (inimputável) é suficiente para “reequilibrar” os patrimônios, sem excessiva onerosidade para o inimputável, o que é graduado em termos de reequilíbrio pelo princípio da proporcionalidade, utilizando-se aqui de um binômio:

necessidade de reequilíbrio x possibilidade de reequilíbrio

Estes são os interesses sopesados através da aplicação da equidade, da vítima e do agente, respectivamente.

A *incapacidade*, para efeito de incidência do art. 928, é a do momento do evento danoso, contudo o *patrimônio suficiente* é o do momento de sua constrição e não antes, porque é neste momento que se deve considerar a “possibilidade” de reequilíbrio patrimonial em relação à vítima do evento; de nada adiantaria a lei expor não haver a privação do necessário para o incapaz e de quem dele dependa se esta constatação não ocorresse no momento da *invasão patrimonial*.

Em regra, na execução se alcança os bens presentes e futuros do responsável, conforme art. 591 do CPC, o que é confirmado de maneira mais sintética pelo art. 942 do NCC:

“Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado”

Não se podendo esquecer que bens passados podem ser alcançados quando “tendo sido alienados do patrimônio do devedor, possam retornar à esfera dos bens que

¹⁹ A vítima não é devedora porque não tem participação na ocorrência do evento danoso, enquanto o incapaz não é devedor porque sua participação embora objetivamente provoque o evento danoso, pela sua inimputabilidade não se considera que violou um dever, razão pela qual não é devedor.



possam ser sujeitos à constrição judicial (no caso de ter sido a alienação em fraude contra credores ou em fraude de execução)”²⁰

Mas, retomando o comentário inicial do parágrafo anterior, o patrimônio do incapaz para efeito de incidência do art. 928 é aquele existente no momento em que caracterizadas as ocorrências do dispositivo, pois será neste momento que a solução *subsidiária* incidirá, porque do contrário, não se teria um *atingimento apenas do patrimônio*, mas sim de uma dívida do incapaz, o que, como vimos não existe, e portanto, não havendo esta dívida se verificará “patrimônio” no momento da execução, como também “condições” de sustento, etc.

Mas seja como for, um elemento NUNCA poderá ser desconsiderado no processo de conhecimento, a *participação* do incapaz no evento danoso, o que para alcançar o patrimônio do incapaz, deverá estar presente no pólo passivo da ação, ainda que seu patrimônio somente responda, em caráter *subsidiário (caput, art. 928) mitigado* (par. ún., art. 928), para serem atendidos os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Não podemos esquecer que dependendo da situação concreta, mesmo durante o processo de conhecimento, poderá ocorrer necessidade emergencial de atendimento da vítima e de suas necessidades e, presentes os requisitos legais, caberá a concessão de tutela antecipada (art. 273, CPC), hipótese em que, deverão ser considerados todos os requisitos do art. 928 do CC no momento da invasão patrimonial.

A participação do incapaz se dá *no momento do ato* que deverá ser verificado no curso do processo de conhecimento, até para responsabilização de seus pais, por exemplo o do art. 932, I do CC, mas a responsabilidade patrimonial só ocorrerá, se presentes as hipóteses do *caput* do art. 928 e inócuentes as restrições do parágrafo único do mesmo dispositivo.

Normalmente a responsabilidade patrimonial sem dívida não impõe a presença do “responsável” na fase de conhecimento, porém na hipótese do art. 928 do CC como o pedido e mais especificamente a *causa de pedir* da condenação envolvem *ato do incapaz* e a incidência do art. 928 do CC, evidentemente, também se verifica em razão deste *ato*, não é

²⁰ ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *ob. cit.*, p. 172.



admissível a responsabilização patrimonial sem a sua participação no processo de conhecimento, onde, inclusive contará com a intervenção do Ministério Público (art. 82, I, CPC).

Concluindo, a participação do incapaz no evento danoso (nexo causal + danos) deverá ser apurada em processo de conhecimento, com a participação do incapaz (se o objetivo for, por cautela e subsidiariamente alcançar o seu patrimônio), bem como a eventual ausência de responsabilidade dos pais (tutores ou curadores), sendo que neste caso a apuração se dará por sentença, que já deverá admitir ou não a participação do incapaz no evento danoso, não como certeza do alcance de seu patrimônio, mas como abertura do portal para este debate, e, nesta hipótese, se já tiver se discutido acerca do patrimônio do incapaz, a própria sentença poderá determinar a responsabilidade, não se inviabilizando, conforme o caso, a utilização da *liquidação por artigos*, justamente para se aferir o *quantum debeatur*, isto é, a *extensão pecuniária* da responsabilidade, que deverá ser fixada com base na equidade de que trata o parágrafo único do art. 928 do NCC.

2.2. SENTENÇA CONDICIONAL ?

A ausência de patrimônio dos pais é uma situação que pode ocorrer ou ser constatada somente na fase de execução, até porque respondem com bens presentes e futuros (art. 591, CPC), o que não impedirá o alcance do patrimônio do incapaz, desde que tenha participado do processo, devendo a sentença condená-lo com a ressalva de não existirem bens dos responsáveis por ele e o seu patrimônio ser suficiente na forma prevista no parágrafo único do art. 928.

Mas uma decisão com as “condições” acima seria *sentença condicional*?

O artigo 572 do CPC indica um caminho para a “processualização” (perdoem-me a liberdade) do art. 928 do CC:

art. 572. Quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que se realizou a condição ou que ocorreu o termo.



Este dispositivo reconhece que a condição ou termo pode advir da relação jurídica de direito material e que, ao ser decidida pelo juiz, a execução da sentença não ocorrerá *sem a comprovação* da condição ou termo.

Então não se trata apenas de uma possibilidade a sentença estabelecer condição ou termo, mas até de uma *necessidade* oriunda da *relação jurídica de direito material* !

BARBOSA MOREIRA já nos brindou com suas reflexões sobre o tema. Inicia o processualista por ensinar o que significa condição ou termo, mencionando artigos do Código Civil então vigente: “‘Considera-se condição a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a evento futuro e incerto’; será suspensiva ou resolutiva a condição, segundo o respectivo implemento faça começar ou cessar a eficácia do ato jurídico. Não se encontra no Código Civil definição de ‘termo’, mas o conceito ressalta do contexto: é o acontecimento futuro e *certo* do qual depende o começo (termo inicial) ou o fim (termo final) da eficácia do ato jurídico. Impõem-se duas observações preliminares. Primeira: por motivos óbvios, aqui somente se cuida de condição *suspensiva* e de termo *inicial*; trata-se de execução *diferida*, não de execução sujeita a resolver-se.”²¹

BARBOSA MOREIRA ainda ressalta um aparente obstáculo ao art. 572, frente ao disposto no art. 460: “A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional”, mas esclarece que a lei não admite condenação subordinada a evento futuro e incerto, por isto é “indispensável que, à vista da sentença, os interessados (*rectius*: quaisquer pessoas) saibam com segurança se o réu foi ou não foi condenado.”.

Mas o processualista reconhece que se “a eficácia da relação jurídica de direito material foi posta, ela mesma, sob condição, em negócio celebrado entre as partes, não é dado ao órgão judicial deixar de levar em consideração a cláusula”²². No caso do art. 928, a imposição é legal e não de negócio jurídico, mas se adequa à lição em que BARBOSA MOREIRA conclui: “o efeito executivo é que vai depender da ocorrência do evento. O juiz não dirá ‘Condeno o réu, se tal fato suceder’, mas sim ‘Condeno o réu, com execução subordinada

²¹ “Execução sujeita a condição ou a termo no processo civil brasileiro”, in *Temas de Direito Processual – 7ª série*, Ed. Saraiva, p. 112.

²² *Ob. cit.*, p. 113.



à realização de tal fato’.”²³ e arremata: “a condenação para o futuro, enquanto não verificada a condição ou não atingido o termo, carece de exigibilidade”²⁴.

Em relação à petição inicial no processo de conhecimento, no caso do art. 928, o pedido poderá ser apresentado, contudo será genérico, não por desejo do requerente mas por imposição das próprias condições estabelecidas no mencionado artigo. O pedido será deduzido considerando as *variantes* previstas no referido art. 928, o que é autorizado pela interpretação do disposto no art. 286, II do CPC, já que poderá ser genérico o pedido quando não for possível determinar, de modo definitivo, as conseqüências do ato ou do fato ilícito, sendo possível por “conseqüências” também se entender *como se apresentarão as responsabilidades e condições patrimoniais das partes envolvidas quando da fase executiva*.

Tanto o disposto no inciso II, como no inciso III do art. 286 deixam nítido que a autorização para pedido genérico se dá porque o autor não tem condições de apresentar pedido específico, seja porque as conseqüências do ato ou fato ilícito ainda não são conhecidas (pelo menos não na integralidade) ou porque a determinação do valor dependa de ato a ser praticado pelo réu.

Enfim, pedir-se-á a condenação dos responsáveis pelo incapaz, bem como a condenação do incapaz para que seu patrimônio responda na hipótese de não serem condenados os responsáveis ou estes não possuírem bens suficientes para responder pela condenação, ressaltando-se que a condenação do incapaz ainda estará limitada aos requisitos do parágrafo único do art. 928, ou seja, deverá ser equitativa, desde que não prive do necessário o então incapaz ou as pessoas que dele dependem, situação não aferida, em regra, no início do processo, pelo que incidente o art. 286, II do CPC e também não aferida na sentença.

Neste (ainda) início de vigência do Código Civil, a dogmática processual precisa assumir o seu papel, o processo civil deve apresentar instrumental hábil a viabilizar os objetivos colimados no art. 928, porém não a qualquer custo.

2.3. LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS

²³ *Ob. cit.*, p. 113.

²⁴ *Ob. cit.*, p. 117.



Finalmente, se a sentença reconheceu a participação do incapaz e a responsabilidade dos pais, tutores ou curadores (932, I e II) e, na fase executiva, não há bens suficientes destes responsáveis para o ressarcimento, desde que o incapaz tenha participado do processo, poder-se-á prosseguir a execução contra o incapaz, mas como o fato autorizador da responsabilidade patrimonial surgiu ou foi constatado pós fase executiva, impõe-se sua suspensão e, em liquidação por artigos, definir-se-á o montante que será objeto de responsabilidade patrimonial.

O alcance do patrimônio foi elemento considerado na sentença e, mesmo que com condicionantes, o *an debeatur* já está definido ainda que sob condição suspensiva (ausência de responsabilidade dos enumerados no art. 932 ou patrimônio insuficiente dos mesmos), importará agora fixar-se o *quantum debeatur* através da equidade e demais requisitos insertos no parágrafo único do art. 928.

Seja como for, se o incapaz não participou do processo, dever-se-á analisar quando surge a pretensão para a vítima (art. 189, NCC), para se definir com precisão o início do prazo prescricional, porque precisará ela de um processo de conhecimento contra o então incapaz, porque a sentença obtida pela vítima, ainda que favorável, é originária de processo do qual não participou o incapaz, não podendo lhe atingir (art. 472, CPC).

A sutileza nesta hipótese legal, diferentemente de outras envolvendo *responsabilidade patrimonial* é que embora não haja “dívida”, em meu entender (devido à inimputabilidade), a causa de pedir na ação de indenização tem como *fundamento* o ato lesivo causado pelo incapaz, motivo pelo qual é desta constatação que surge a responsabilidade objetiva dos pais, tutores e curadores (932, I e II c/c 933, ambos do Código Civil) e também a previsão normativa para em caráter *subsidiário* (*caput*, art. 928) *mitigado* (par. ún., art. 928) alcançar o patrimônio do incapaz.

E, se o dispositivo (art. 928, CC) incide no *momento do evento danoso*, fixa-se o regime jurídico de reparação, razão pela qual, se mais adiante o incapaz, no caso do menor, adquire a maioridade, nem por isto deixarão de incidir as regras do art. 928 porque não há “dívida” mas sim “responsabilidade patrimonial” que atingirá o patrimônio do, à época dos fatos, incapaz na fase executiva, regramento também aplicável à tutela antecipada.



1. BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. vol. 1, 5ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1973.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3ª ed. atualizada. Rio de Janeiro - São Paulo : Editora Jurídica e Universitária Ltda., 1965.
- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações : responsabilidade civil*. 10ª ed. São Paulo : Editora Atlas S.A , 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Execução sujeita a condição ou a termo no processo civil brasileiro. Temas de direito processual civil – 7ª série*. São Paulo : Saraiva, 2001.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. vol. II. 9ª ed. rev. e atual. segundo o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro : Editora Lúmen Júris, 2004.
- CRUZ, Nonato da (tradutor). *Códigos Civis dos Soviets (U.R.S.S.) Anotados, Comentados e Comparados com a Legislação Brasileira*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Fº Editor, 1934
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v.7– 17*. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo : Saraiva, 2003.
- DINIZ, Souza (tradutor). *Código Civil Italiano*. Rio de Janeiro : Distribuidora Record Editora, 1961.
- _____. *Código Civil Alemão – com todas as modificações nele posteriormente introduzidas, inclusive as da Lei da Igualdade de Direitos do Homem e da Mulher no Domínio do Direito Civil de 18 de junho de 1957*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1960.
- _____. *Código Civil Suíço e Código Federal Suíço das Obrigações (Livro V do Código Civil) – com todas as modificações nele posteriormente introduzidas inclusive as revisões do código das obrigações de 1911 e de 1936*. Rio de Janeiro : Distribuidora Record Editora, 1961.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes e FILHO, Sérgio Cavalieri. *Comentários ao novo Código Civil, vol. XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro : Forense, 2004.
- DOMINGO, Rafael e HAYASHI, Nobuo (tradutores). *Código Civil Japonês. Estudio preliminar, traducción y notas*. Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid 2000 Barcelona.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*, 16ª edição, Rio de Janeiro : Ed. Forense, 2004.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil – 8. ed. ver. de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo : Saraiva, 2003.
- SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1974.
- STOCO, Rui. *A responsabilidade civil*. In MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord). *O novo Código Civil : Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo : LTr, 2003.



**ACADEMIA BRASILEIRA DE
DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

_____. Responsabilidade Civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro, *in* Estudos em Homenagem ao Bicentenário Do Código Civil Francês, *in* http://aplicaext.cjf.gov.br/phpdoc/pages/sen/portaldaeducacao/textos_fotos/bicentenario/textos/rui_sto_co.doc

THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.II. 35ª ed. E 38ª ed., Rio de Janeiro : Editora Forense, 2003 e 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. – São Paulo : Atlas, 2003.