



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Filipe Rodrigues Garcia

**A responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores**

Rio de Janeiro

2014

Filipe Rodrigues Garcia

**A responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

G216 Garcia, Filipe Rodrigues.

A responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores / Filipe Rodrigues Garcia. – 2014.  
128 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder.  
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Responsabilidade (Direito) - Teses. 2. Delinquência juvenil– Teses. 3.  
Direito civil –Teses. I. Konder, Carlos Nelson de Paula. Universidade do  
Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.51

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Filipe Rodrigues Garcia

**A responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em 7 de agosto de 2014.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder (orientador)  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Profa. Dra. Gisela Sampaio da Cruz  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Profa. Dra. Ana Carolina Brochado Teixeira  
Centro Universitário Una

Rio de Janeiro

2014

Que seria de nós sem o auxílio das coisas que não existem?

*Paul Valéry*

## RESUMO

GARCIA, Filipe Rodrigues. *A responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores*. 2014. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

Trata-se de estudo sobre a responsabilidade dos pais em caso de ato ilícito cometido pelo filho menor. Nos termos do artigo 932, I, do atual Código Civil brasileiro, os pais respondem pelos atos dos filhos que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. Nesse sentido, intenta-se esclarecer conceitos como paternidade, autoridade e companhia a fim de melhor compreender o alcance da norma. O exercício da autoridade parental e a garantia da vítima serão apresentados como fundamentos do dever dos pais de reparar os danos causados por seus filhos. Partindo-se desses fundamentos, busca-se também nova abordagem do instituto do poder familiar, levando em consideração a mudança na concepção das famílias nos últimos anos. O desempenho da autoridade por outras figuras, como os avós e os padrastos, permitem reflexões em torno da responsabilidade sobre os menores que estão sob seus cuidados, principalmente no que pertine ao dever de reparar os danos causados. Acerca do fenômeno da responsabilidade civil, atenta-se para a grande preocupação com a vítima, merecedora de indenização pelos prejuízos sofridos. A possibilidade de atingir o patrimônio de terceiros, independente da caracterização da culpa, sinaliza a garantia dada ao ofendido. A mesma importância merece o interesse do menor, seja no que diz respeito ao seu patrimônio, seja em suas relações existenciais. Em razão disso, o estudo também aborda o ato ilícito cometido por menores, partindo de uma releitura do regime das capacidades, a fim de considerar a análise da conduta culposa do ofensor a partir do seu possível discernimento. Os princípios constitucionais como melhor interesse da criança e do adolescente, dignidade da pessoa humana, solidariedade, igualdade e paternidade responsável figuram como diretrizes à compreensão do tema.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Autoridade parental. Culpa do menor.

## ABSTRACT

GARCIA, Filipe Rodrigues. *The responsibility of parents for the acts of their minor children*. 2014. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This study investigates parents' responsibility in case of a tort committed by their minor child. Under Article 932, I, of the current Brazilian Civil Code, parents are liable for the acts of their children who are under their authority and in their company. In this paper, an attempt is made to clarify the concepts "paternity," "authority" and "company" in order to better understand the scope of the rule. The authority over the children and victim's guarantee will be presented as main parents' responsibility to repair the damage caused by their kids. The study also seeks a new approach to define family power, taking into account the recent change of family definition. The authority of other people related to the child, such as grandparents or stepparents, brings some concerns about who has responsibilities over the minors, mainly related to the obligations of damage repair. Considering civil responsibility, it is important to compensate the victim for damages suffered. Being able to take part of the patrimony of any person responsible for the kid seems like a guarantee offered to the injured. The same value has been given to the lawbreaker, considering his patrimonial and no patrimonial goods. The study also reexamines the concept of the tort when committed by a minor. Starting from the idea of capacity, it reconsiders how the tort committed by a child must be analyzed. Adherence to constitutional principles in the best interests of the child or adolescent, as well as human dignity, solidarity, equality and responsible parenthood must all be used as guidelines for understanding the whole topic.

Keywords: Liability. Parental authority. Blame of the child.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ILÍCITOS PRATICADOS POR SEUS FILHOS MENORES</b> .....	13
1.1 <b>Introdução à responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores</b> ....	13
1.1.1 <u>Considerações sobre responsabilidade civil pelo fato de outrem</u> .....	13
1.1.2 <u>A objetivação da responsabilidade civil e a ampliação das demandas indenizatórias</u> .....	19
1.1.3 <u>A tutela das famílias e a releitura da relação de parentalidade</u> .....	23
1.2 <b>Os fundamentos para a responsabilidade dos pais</b> .....	28
1.2.1 <u>Presunção de culpa</u> .....	29
1.2.2 <u>Atividade de risco</u> .....	32
1.2.3 <u>O exercício do poder familiar</u> .....	33
1.2.4 <u>A garantia da vítima</u> .....	42
1.2.5 <u>O exercício da autoridade e a garantia da vítima: a conjugação de dois fundamentos</u> .....	45
<b>2 AUTORIDADE E COMPANHIA: PRESSUPOSTOS PARA O DEVER DE INDENIZAR DOS PAIS?</b> .....	47
2.1 <b>Autoridade</b> .....	47
2.1.1 <u>Noções</u> .....	47
2.1.2 <u>Conceito e conteúdo jurídico de autoridade</u> .....	52
2.1.3 <u>Titularidade</u> .....	55
2.1.3.1 O afeto como vetor nas relações familiares .....	55
2.1.3.2 Famílias reconstituídas e pais afins: a cisão da autoridade parental .....	59
2.1.3.3 Os avós como autoridades constituídas sobre os netos .....	62
2.1.3.4 Os atos de cuidado <i>versus</i> autoridade .....	64
2.1.4 <u>Autoridade e dever de indenizar</u> .....	65
2.2 <b>Companhia</b> .....	71
2.2.1 <u>Noções</u> .....	71
2.2.2 <u>A guarda e os efeitos jurídicos na responsabilidade pelos atos dos filhos menores</u> .....	73

2.3 Autoridade e companhia.....	80
<b>3 CULPA E ATO ILÍCITO: QUANDO O MENOR É O SUJEITO CAUSADOR DO DANO</b> .....	<b>86</b>
3.1 Quem é o menor .....	86
3.2 Os pais e os filhos emancipados: de quem é a responsabilidade?.....	91
3.3 A culpa do menor .....	95
3.3.1 <u>Notas sobre o ato ilícito</u> .....	95
3.3.2 <u>A culpa como elemento do ato ilícito</u> .....	100
3.3.3 <u>O Código Civil de 1916 e a equiparação dos menores púberes aos maiores</u>	103
3.3.4 <u>O discernimento do menor segundo o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente</u> .....	107
3.3.5 <u>Parâmetros para a delimitação da culpa do menor</u> .....	110
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>119</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>123</b>

## INTRODUÇÃO

- Responsabilidade de quê?

- A responsabilidade de ter olhos quando os outros perderam.

*José Saramago*

Rodrigo, dezessete anos, é filho de pais separados. Sua guarda foi deferida ao genitor e, desde então, passaram a morar em um condomínio no Estado do Maranhão; a mãe, por sua vez, mudou-se para o Rio Grande do Sul. No mesmo condomínio maranhense habitava também a avó paterna de Rodrigo. Em razão dos estreitos laços firmados com a avó, Rodrigo deixou a casa paterna e passou a coabitar com a progenitora.

Em certa data, ocorreu que o adolescente, munido de espírito aventureiro, surruiu as chaves do carro da avó para participar de um “racha” com os amigos. A notícia logo veio: Rodrigo atropelara Emanuel, outro menor, causando-lhe politraumatismo craniano e levando-o à morte.

Os pais da vítima entraram com demanda indenizatória em face dos pais e da avó do ofensor, com base nos artigos 932, I, e 933, ambos do Código Civil de 2002. A defesa foi certa: tanto a mãe como a avó eram partes ilegítimas da ação. A mãe porque não detinha a guarda do menor e, por consequência, não tinha meios de controlar os atos do filho. A avó porque o artigo 932, I, imputa a responsabilidade exclusivamente aos pais quanto aos atos cometidos pelos filhos menores.

O Superior Tribunal de Justiça, em análise ao caso (Recurso Especial 1.074.937), decidiu pela responsabilidade objetiva e solidária de ambos os pais e da avó de Rodrigo, cabendo-lhes o pagamento pelas perdas e danos em favor dos pais da vítima.

O estudo da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores perpassa por dois campos: o dever de indenizar o prejuízo e as relações familiares. No campo da responsabilidade civil, tem-se que a figura da vítima ganhou maior relevo, devendo-se perseguir, ao máximo, o ressarcimento do dano. Daí a mudança de todo o sistema da responsabilidade para conferir maior garantia à vítima quanto ao recebimento do crédito. Hoje conta-se com mecanismos como a responsabilidade objetiva, a flexibilização do nexos causal e o alargamento do conceito de dano.

No que tange ao dano causado por um menor, prediz a lei que a responsabilidade será dos pais, independente de culpa, conferindo à vítima a garantia de atacar o patrimônio dos representantes legais e a isenção de prova do elemento subjetivo em relação à conduta paterna. Não obstante haja a despreocupação com a conduta dos genitores, a ação ou omissão do ofensor continua sendo objeto de análise. Assim porque não se cogita a responsabilidade dos pais se o filho menor não praticou ato ilícito; em outras palavras, necessário que aquele que causou o dano tenha agido antijuridicamente e com culpa.

A busca pela culpa do menor é motivo de conflitos doutrinários e jurisprudenciais. Ora, se o menor é reputado por incapaz, nos termos dos artigos 3º, I e 4º, I do Código Civil, significa que não possui discernimento para a prática de atos civis. Se não possui discernimento para realizar atos lícitos, poderá tê-lo para a realização de ato ilícito? A resposta para essa indagação propõe um olhar detido sobre o regime das incapacidades, bem como sobre os princípios e as normas constitucionais.

O estudo da responsabilidade dos pais alcança também as relações de parentalidade. Afinal, necessário que se compreenda quem é o pai e por que ele responde pelos atos de seu filho menor. Sabe-se que, há muito, os critérios biológicos para definir a filiação se tornaram insuficientes. Os avanços tecnológicos e os rearranjos familiares tornaram as presunções legais de paternidade ultrapassadas. A busca pela felicidade e o nascimento espontâneo das afeições calaram as normas, demonstrando que pai não é apenas aquele que participa da formação do embrião, mas aquele que exerce a função paternal.

Passa-se, então, a reconhecer a paternidade socioafetiva, fundada unicamente no afeto, sendo este o vínculo legítimo para o estabelecimento da filiação. O pai socioafetivo é aquele que, voluntariamente, exerce os deveres de autoridade, buscando com desvelo o pleno desenvolvimento – físico e psíquico – do menor. Vale mencionar, nesse sentido, as palavras de João Baptista Villela: “pai e mãe ou é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não o é”<sup>1</sup>.

O presente trabalho, buscando enfrentar os mencionados desafios, propõe um estudo centrado na Constituição Federal, abraçando os temas da responsabilidade civil e das famílias sob perspectivas principiológicas e axiológicas

---

<sup>1</sup> VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 21, ano XXVII, 1979, p. 50.

emanadas da atual Carta política brasileira. Serão utilizadas as premissas da metodologia civil-constitucional para alcançar possíveis soluções aos problemas apresentados. A ponderação dos interesses em jogo (proteção da vítima e melhor interesse da criança e do adolescente) se fará sob influência das normas constitucionais. Serão referenciadas, em todo o trabalho, as contribuições feitas por Pietro Perlingieri, mais precisamente em sua obra “O direito civil na legalidade constitucional”.

No primeiro capítulo serão desenvolvidos os fundamentos da responsabilidade dos pais, visando responder duas perguntas centrais: por que os pais recebem a imputação legal da responsabilidade sobre os atos dos filhos? E porque a responsabilidade é objetiva? Para responder a primeira questão, necessário se faz examinar o instituto do poder familiar, hoje melhor compreendido como autoridade parental. Apesar do uso indiscriminado das duas expressões – o que se faz no presente trabalho apenas por boa técnica ao evitar a repetição – importa esclarecer que o termo “autoridade parental” se mostra mais adequado à função do instituto que prima pela proteção do menor. E isso porque o termo “poder familiar” remete à ideia de uma autoridade autoritária, fugindo da atual proposta da família democrática centrada no diálogo e no respeito mútuo.

Igualmente, o uso da palavra “menor” para se referir aos sujeitos que ainda não alcançaram a maioridade se faz por sugestão da própria lei civil, objeto principal de estudo. Por certo, compreende-se que a Lei 8.069 de 1990 conferiu maior relevância a essa classe de vulneráveis, optando por denominá-los crianças e adolescentes, evitando, assim, a carga pejorativa trazida pela palavra “menor”. O uso do termo no presente trabalho serve, assim, unicamente para uma melhor remissão à lei civil.

Além do estudo do poder familiar (autoridade parental) para a busca do fundamento legal do artigo 932, I,, também será dada atenção à evolução da responsabilidade civil. A garantia da vítima se apresenta como motivo determinante para a mudança do antigo sistema de responsabilidade centrado na culpa. Os olhos antes voltados para a conduta do ofensor (se diligente ou não) agora passam para a situação de perda da vítima. A responsabilidade objetiva surge, assim, como um fenômeno que melhor alcança os interesses da parte prejudicada.

O segundo capítulo abrangerá os pretensos pressupostos para a responsabilidade civil dos pais: a autoridade e a companhia. É oportuna a

compreensão exata dos termos e a busca pela melhor técnica interpretativa ao texto da norma. Pretende-se, nesse capítulo, um detido exame sobre a autoridade parental, seu real significado, sua titularidade e o seu conteúdo. Não será deixada de lado a contextualização do tema frente às atuais nuances do direito de família. Vale dizer, o rearranjo das unidades familiares corrobora para uma leitura dinâmica do instituto, prezando mais pela realização de sua funcionalidade. No que tange à companhia, importa confrontá-la com o instituto da guarda, de forma a definir o alcance do texto normativo. Também será debatida a necessidade da companhia como pressuposto ao dever de indenizar dos pais.

O último capítulo se aterá à análise da culpa do menor. Nessa toada, importa o estudo das capacidades e a sua vinculação ao discernimento. A visita a normas da Constituição Federal, do Código Civil e do Estatuto da Criança do Adolescente fornecerão substrato para a conflituosa discussão. O estudo se mostra relevante na medida em que só se faz possível definir o ato ilícito cometido pelo ofensor se esse for capaz de compreender os seus atos (culpabilidade).

Pretende-se, por meio desta pesquisa, alcançar balizas mais nítidas que sirvam de amparo ao aplicador do Direito. Sabe-se que a lei civil, tendo sido elaborada no século passado em contexto social diverso, merece uma releitura crítica que atenda os anseios atuais. Daí a importância do reconhecimento da unidade do sistema e da relatividade das normas.

A abordagem sistemática do assunto traz a necessidade de conceber o Código Civil não como uma lei de princípios e valores individuais. Antes, busca-se por uma interpretação das leis ordinárias conforme a moldura constitucional, trazendo à tona princípios indispensáveis como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade (art. 3º, I), a igualdade (art. 5º, *caput*), a paternidade responsável (art. 226, §7º) e a proteção da criança e do adolescente (art. 227, §1º).

No que diz respeito à relatividade das normas, vale considerar que a composição das leis se deu em momento histórico que clamava por valores não necessariamente iguais aos atuais. Por isso a compreensão normativa deve ocorrer conforme os valores contemporâneos, esses absorvidos pelo próprio ordenamento vigente. Seguindo essa lógica, temas como a responsabilidade civil e as famílias merecem constante estudo, em razão do progresso tecnológico e da dinâmica social que admitem novos danos e novas relações assentadas na afetividade.

Ao que se percebe, a responsabilidade civil, bem como o direito de família se mostram como um caminho de travessia, cujo destino pode ser alterado pela correnteza. Vale lembrar, nesse contexto, as palavras de Riobaldo, em *Grande Sertão: Veredas* “a gente quer passar um rio a nado, e passa: mas vai dar na outra banda é num ponto muito mais baixo, bem diverso do em que primeiro se pensou”<sup>2</sup>. As incertezas do futuro e a constante evolução humana faz com que as discussões que envolvem a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores apontem para uma solução que, não tarde, poderá ser superada. Pretende-se, com este trabalho, buscar não respostas definitivas às discussões que o tema admite, mas, antes, apontá-las e propor um estudo sistematizado, de acordo com os atuais estágios jurídico e social.

---

<sup>2</sup> ROSA, João Guimarães Rosa. *Grande Sertão: Veredas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 35.

# 1 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ILÍCITOS PRATICADOS POR SEUS FILHOS MENORES

## 1.1 Introdução à responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores

### 1. 1.1 Considerações sobre responsabilidade civil pelo fato de outrem

Segundo a regra da responsabilidade civil, o sujeito causador de um dano responde pelos efeitos do ilícito praticado. Decorre desse entendimento a leitura do *caput* do artigo 927<sup>3</sup> do Estatuto Civil que preconiza a responsabilidade direta do agente causador do dano, bem como a redação do artigo 942<sup>4</sup> do mesmo diploma que trata da responsabilidade patrimonial daqueles que, por seus próprios atos, causarem a ofensa.

A concepção de responsabilidade direta quanto ao dano causado está intrinsecamente ligada à noção denexo causal. Se o sujeito causou um dano com sua própria conduta, justo seja ele próprio quem irá arcar com a reparação do dano. Nesse sentido, Antunes Varela assevera que: “A responsabilidade baseada em factos ilícitos (...) assenta sempre, no todo ou em parte, sobre um facto da pessoa obrigada a indemnizar”<sup>5</sup>. Em igual raciocínio, Mario Julio de Almeida lembra que:

Nos primórdios das instituições jurídicas da generalidade dos povos, o direito de vingança que a consciência coletiva reconhecera à vítima constituía o modo por que se operavam, ao mesmo tempo, a reparação do dano e a punição do seu autor. Tratava-se de uma reacção quase instintiva contra o mal sofrido, mais baseada na causalidade material, entre acção humana violadora da ordem jurídica e do dano, do que na intenção do agente<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

<sup>5</sup> VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, 2 v. V.1, p. 527.

<sup>6</sup> COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 4 Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 440.

Existem exceções à responsabilidade civil direta, ou seja, admitem-se situações em que um sujeito possa responder pelo fato de outrem. Imputar a responsabilidade a terceiro que não o agente ofensor significa, para a vítima, garantia maior do recebimento das verbas indenizatórias, vez que o patrimônio do primeiro, não raro, supera o do segundo. Nas palavras de Alvino Lima:

Dentro do critério do exame do comportamento voluntário de uma pessoa, máxime de burburinho da vida moderna, perquirindo a existência ou não da culpa, não era e não é possível assegurar-se à vítima a justa reparação dos prejuízos sofridos. Ora, o problema da responsabilidade civil parece evoluir no sentido de examinar, preferencialmente, a posição da vítima, assegurando-lhe, o mais possível, a reparação dos prejuízos sofridos<sup>7</sup>.

Nessa margem, o legislador atual enumerou algumas hipóteses em que a responsabilidade recairá sobre terceiro e não sobre o agente que, diretamente, cometeu o ilícito. Tais hipóteses estão previstas no artigo 932 do atual Código Civil, sendo elas: a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e companhia; a responsabilidade do tutor e do curador pelos atos dos seus pupilos e curatelados; a responsabilidade do empregador ou comitente pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele; a responsabilidade dos donos dos hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos para fins de educação pelos atos de seus hóspedes, moradores e educandos.

No que tange à responsabilidade dos pais pelos atos cometidos pelos filhos menores, percebe-se um grande esforço doutrinário e jurisprudencial no sentido de dar melhor tratamento ao tema. Os desafios são muitos e vão desde a compreensão da autoridade como fundamento ao dever de indenizar, chegando à análise da culpa do menor.

As previsões do artigo 932 já eram elencadas nos artigos 1.521 e 1.522 do Código Civil de 1916. Todavia, ao contrário do Estatuto atual que elegeu a responsabilidade objetiva, a lei revogada previa que os terceiros responsáveis deveriam ter concorrido com o autor do dano por culpa, conforme se lia no artigo 1.523: "(...) só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte."

---

<sup>7</sup> LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 26.

Desse modo, o antigo Estatuto Civil exigia que a vítima provasse a culpa do responsável legal, de forma a deixar nítida a ausência da conduta diligente esperada. Essa diligência não se vislumbraria quando o responsável agisse com culpa *in eligendo* (ao escolher mal o seu preposto ou empregado, por exemplo) ou culpa *in vigilando* (ao deixar de realizar a boa guarda daqueles que estão sob sua proteção – filho, tutelado, curatelado, pupilo, etc).

Ante a dificuldade da vítima de provar a culpa dos responsáveis no incumprimento do dever de escolha (culpa *in eligendo*) ou de guarda (culpa *in vigilando*), passou-se a presumir o elemento subjetivo. Tratava-se de presunção relativa, ou *iuris tantum*, possível de ser afastada por aquele obrigado a indenizar, provando que agiu de forma diligente a fim de evitar o dano. O sistema da culpa, dessa forma, teve a sua dinâmica invertida: se antes cabia à vítima a prova desse elemento, agora restava ao imputável provar que agiu dentro dos padrões de conduta esperados, ou seja, sem culpa. Remete-se às lições de Maria Celina Bodin que prediz:

(...) a complexificação social e a industrialização provocaram um salto no número cotidiano de acidentes, gerando danos injustos que, em virtude da incapacidade da vítima de provar a culpa do agente na produção do dano, ficavam irressarcidos. A insuficiência de um sistema de reparação calcado exclusivamente na noção de culpa *lato sensu* foi destacada de maneira pioneira por alguns juristas, que buscaram a construção de outros mecanismos de imputação de responsabilidade que prescindissem do elemento subjetivo<sup>8</sup>.

Aos poucos, a discussão do elemento subjetivo perdeu relevância, de forma que as presunções relativas passaram a presunções absolutas. Assim, em alguns casos e de forma definitiva, o juiz concluía ter havido a culpa do ofensor e dispensava sua prova para fins de responsabilização. O início da discussão se deu por meio da súmula 341 do Superior Tribunal Federal: “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Com o tempo, estendeu-se o mesmo raciocínio às demais hipóteses de responsabilidade por ato de terceiro. São precisas as palavras de Anderson Schreiber sobre o fenômeno da presunção absoluta da culpa:

Para designar as presunções de culpa *iuris et de iure* já se invocou mesmo a expressão *ficções de culpa*. Isto porque tais presunções conduzem a

<sup>8</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 335.

efeitos idênticos aos da responsabilidade objetiva. Como registra De Cupis: “onde a ausência de culpa não pode ser provada, é evidente que se responde independentemente da culpa, não por culpa presumida”. Somente o apego formal à teoria da culpa justificaria a manutenção de tais hipóteses sob o manto da responsabilidade subjetiva. O direito, porém, veio gradativamente se livrando desta “farsa jurídica” na medida em que se expandiu a aceitação da responsabilidade objetiva<sup>9</sup>.

O enfraquecimento da culpa e a busca por um sistema de responsabilidade que favorecesse a vítima trouxe à tona a responsabilidade objetiva, aquela que prescindia da análise do elemento subjetivo, bastando à vítima a prova do dano e do nexo causal. Na lição de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barboza, o atual Código Civil

deu um salto na evolução doutrinária e jurisprudencial cristalizada, considerando objetivas todas as hipóteses, além daquelas que, segundo a jurisprudência dominante, produzia efeito equivalente à teoria objetiva, na medida em que se rejeitava inteiramente a demonstração da ausência de culpa *in elegendo* ou *in vigilando*<sup>10</sup>.

Consolidou-se, assim, no artigo 933 do Código Civil de 2002 que “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Logo, para que haja o dever de indenizar nas hipóteses do artigo 932, não é necessário que a vítima demonstre a culpa dos responsáveis, aplicando-se o sistema da responsabilidade civil objetiva.

Uma vez constatado que a responsabilidade por fato de terceiro é objetiva, importante compreender a imputação do dever de indenizar aos pais. Isso porque existem dois quadros delineados nessa hipótese: i) a situação em que figura o pai como autoridade sobre o menor causador do dano (nexo de imputação)<sup>11</sup>; ii) a conduta do menor ofensor (culpa). Muito embora a responsabilidade em relação aos pais seja objetiva, é necessária a prova da culpa referente ao ato praticado pelo

<sup>9</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32.

<sup>10</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. IV v. V.II.p. 831.

<sup>11</sup> Segundo Fernando Noronha, o nexo de imputação é o fundamento que atribui responsabilidade a uma determinada pessoa (NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, v. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993, p. 19).

menor<sup>12</sup>. Daí se falar, seguindo a doutrina de Álvaro Villaça, em responsabilidade objetiva impura:

A responsabilidade objetiva impura tem, sempre, como substrato a culpa de terceiro, que está vinculado à atividade do indenizador.  
A responsabilidade objetiva pura implica ressarcimento, ainda que inexista culpa de qualquer dos envolvidos no evento danoso. Neste caso, indeniza-se por ato lícito ou por mero fato jurídico, porque a lei assim o determina. Nesta hipótese, portanto, não existe direito de regresso, arcando o indenizador, exclusivamente, com o pagamento do dano<sup>13</sup>.

Desse modo, se a responsabilidade objetiva prevista em lei pressupor culpa de terceiro, fala-se em responsabilidade objetiva impura – visto que o elemento subjetivo está presente. Se, porém, a responsabilidade objetiva não se fundamentar na culpa de nenhum agente envolvido, fala-se em responsabilidade objetiva pura. Em suma, não se pode afirmar que o sistema da responsabilidade por ato de terceiro, tomado como um todo, seja puramente objetivo, visto que a culpa do ofensor deve ser provada para que a imputação recaia em terceiro. Responsabilidade objetiva impura, portanto<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Nesse sentido, Caio Mario Ieciona que “O Código Civil de 2002, ao contrário do Código de 1916, que simplesmente presumia a culpa dos pais, deduzindo-a do dever de vigilância, instruiu, expressamente, a sua responsabilidade objetiva (art. 933). Não cabe a defesa de que tomaram as cautelas normais e que o filho traiu a sua vigilância para que se exima do dever legal. Sua obrigação é ressarcir o dano causado pela culpa do filho menor. E somente se livra forro provando a juridicidade do comportamento do filho”. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 6 v. V.6: Direito de Família, p. 422). Também José de Aguiar Dias: “A responsabilidade do pai pelos atos do filho se aplica a todos os atos ilícitos que pratique (...)”. (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 750). E Sergio Cavalieri: “Não se olvide, entretanto, que objetiva é a responsabilidade dos pais, tutor, curador e empregador, e não das pessoas pelas quais são responsáveis. Em qualquer dessas hipóteses será preciso a prova de uma situação que, em tese, em condições normais, configure a culpa do filho menor, do pupilo, do curatelado, como também do empregado (...). O dispositivo em exame [art.932] deve, pois, ser interpretado no sentido de que, praticado o ato em condições de ser considerado culposos se nas mesmas condições tivesse sido praticado por pessoa imputável, exsurge o dever de indenizar dos pais, tutor, curador, empregador, etc., independentemente de qualquer culpa destes”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 206).

<sup>13</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura, algumas hipóteses de responsabilidade civil no Código de Processo Civil. *Revista do Advogado de São Paulo*, São Paulo, n. 44, p. 7-19, out. 1994, p. 7.

<sup>14</sup> Outra discussão pertinente é se a responsabilidade do terceiro é direta (por ato próprio) ou indireta (por ato de terceiro). Sergio Cavalieri, enfrentando essa questão, sustenta: “Na realidade, a chamada *responsabilidade por fato de outrem* – expressão originária da doutrina francesa – é responsabilidade por fato próprio omissivo, porquanto as pessoas que respondem a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado e vigilância. Assim, não é muito próprio falar em fato de outrem. O ato do autor material do dano é apenas a causa imediata, sendo a omissão daquele que tem o dever de guarda ou vigilância a causa mediata, que nem por isso deixa de ser causa eficiente”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. Cit.*, p. 204). Alvinio Lima também já sustentava o argumento defendido pelo autor mencionado ao dizer que a responsabilidade é direta por fato de terceiro. Isso porque o sujeito que materialmente causou o dano não é imputável por lei e, portanto, ao responsável

Assim, nas hipóteses de responsabilidade civil pelo fato de outrem, a vítima se desincumbirá do ônus de provar a culpa do imputável, seja pela guarda, seja pela eleição do preposto, mas deverá apontar a conduta culposa daquele que diretamente causou o dano. Isso porque se o aparente ofensor agiu dentro das normas jurídicas e com a diligência esperada, não há que se falar em ato ilícito, afastando o correspondente dever de reparar o dano pelo responsável legal. Do contrário, estaria a vítima locupletando indevidamente, visto que inexistiria causa jurídica para o ressarcimento.

Dessa forma, percebe-se que a compreensão da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores demanda, de um lado, examinar as transformações da responsabilidade civil, já que é espécie de responsabilidade por fato de outrem; e, de outro lado, as mudanças no direito de família, em razão da releitura da relação entre pais e filhos. Somente a conjugação desses dois assuntos permite a adequada compreensão do tema do presente trabalho, como se passa a expor.

---

caberia obrigação de impedir o fato (obrigação de vigilância) e, se não o fez, sua conduta foi de omissão (LIMA, Alvino. Op. Cit., p. 28).

Ocorre que, por força do artigo 933 do Código Civil vigente, a responsabilidade dos pais, tutores, curadores, empregadores, comitentes, donos de hotéis e educadores é objetiva. Portanto, não há mais espaço para analisar a conduta dos responsáveis. Se esses agiram mal na vigilância ou na eleição de preposto, nada disso tem relevância para o legislador. Quer dizer: a conduta culposa do responsável não tem mais espaço para debates desde a vigência do Código Civil de 2002. Desse modo, não se pode afirmar que o dano causado por outrem está diretamente ligado à conduta do responsável legal, sob pena de se admitir o retorno à responsabilidade subjetiva. Além do mais, pode haver situações em que o responsável usou de todos os meios possíveis para evitar o dano, não faltando com os deveres esperados de diligência. Ainda assim, por força de lei, deverá reparar o dano causado por seu representado. Por esse motivo, há quem afirme ser indireta a responsabilidade pelo fato de outrem. Nessa linha, o representante responde não por conduta própria, mas em decorrência de ato de terceiro. É esse o posicionamento de Jeovanna Viana, ao tratar da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores: "A qualificação da responsabilidade dos pais por culpa de outrem é, cada vez mais, combatida pelos juristas, que justificam a sua posição alegando que a causa do dano foi a própria conduta das pessoas obrigadas a pagar o prejuízo, que não tiveram a devida diligência e vigilância com seus filhos menores. Para que esta justificação esteja em consonância com a corrente subjectivista, é necessário que a culpa *in vigilando*, culpa *in educando* ou culpa *in eligendo* seja o critério de imputação desta responsabilidade, pois se a obrigação dos pais em reparar os danos estiver amparada no critério objectivo, com independência da culpa, não se pode falar em culpa própria ou mesmo acto próprio, mas sim de acto de outrem" (VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade Civil dos Pais pelos Actos dos Filhos Menores*. Renovar: Rio de Janeiro, 2004, p. 25-26).

### 1.1.2 A objetivação da responsabilidade civil e a ampliação das demandas indenizatórias.

Originalmente, o sistema brasileiro se baseava na subjetividade da conduta do agente causador do dano. Assim, primeiro se averiguava se o agente agiu de forma negligente ou imprudente para, então, buscar a satisfação da vítima. Era essa a posição já adotada pelo Código Civil de 1916, no artigo 159. A prova da culpa, juntamente com o nexo causal e o dano se fazia necessária para fins de indenização da vítima.

A culpa pode ser descrita como um indicador de conduta voluntária manchada pela falta de cuidado (culpa em sentido estrito) ou de uma ação em que se deseja certo resultado ilícito (dolo). Nas palavras do doutrinador Alvino Lima, “culpa é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente”<sup>15</sup>. O dano, por sua vez, é compreendido como um prejuízo que causa desequilíbrio à vítima, seja financeiro, seja emocional, ou ainda estético. O nexo causal, outro elemento necessário para que haja reparação civil, é o liame entre a conduta culposa do agente e o dano sofrido pela vítima. Provados os três referidos elementos (culpa, dano e nexo causal) é possível vislumbrar a responsabilidade civil subjetiva.

Importante salientar que o agente a quem foi imputada a culpa pode afastar o dever de reparar o dano por duas formas. Na primeira, demonstra ausência de culpa, provando que sua conduta foi diligente e que de tudo fez para evitar o dano. Na segunda, o agente prova que não existe nexo entre sua conduta e o prejuízo sofrido pela vítima. Como excludentes de nexo causal, tem-se o caso fortuito, a força maior, o fato exclusivo da vítima e o fato de terceiro<sup>16</sup>.

Ocorre que a responsabilidade civil subjetiva se tornou insuficiente para alcançar diversas situações de dano injusto. A convivência acentuada da sociedade com as máquinas, os meios de produção em massa e a crescente industrialização trouxeram riscos acentuados para toda a coletividade. A demonstração da culpa tornou-se uma exigência penosa para a vítima, visto que, desconhecadora da tecnicidade das máquinas, não conseguia detectar o erro de conduta na realização

---

<sup>15</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 69.

<sup>16</sup> Alguns autores alertam que a culpa de terceiro pode se equiparar a estado de necessidade ou a caso fortuito. Afirmam que a jurisprudência dominante só exclui a responsabilidade quando o fato de terceiro nada tem a ver com a coisa, a pessoa ou a atividade, ensejando situação semelhante à força maior (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., p. 811).

de determinada atividade. Falava-se, inclusive, em prova diabólica naqueles casos em que a demonstração da culpa se fazia impossível. Os responsáveis pelos danos, então, ganhavam isenção de responsabilidade pelo próprio sistema que exigia a culpa como elemento imprescindível. Isso porque não se cogitava o dever de reparar os danos se não fosse vislumbrada a conduta culposa.

A fim de auxiliar a vítima, foram pensados mecanismos que flexibilizassem o elemento subjetivo. Um deles foi o chamado método de apreciação da culpa. No caso concreto, equiparava-se a conduta do agente causador do dano a um sujeito diligente, em abstrato, o denominado bom pai de família. Se a ação do acusado fosse semelhante ao do homem diligente, a culpa seria afastada e, por decorrência, também a responsabilidade civil<sup>17</sup>. Outro mecanismo utilizado foi a presunção da culpa. Por essa técnica, não cabia à vítima provar que o agente agiu culposamente, mas o acusado poderia afastar o elemento subjetivo, comprovando que agiu diligentemente. Em algumas hipóteses, a presunção poderia ser absoluta, inadmitindo qualquer prova em contrário<sup>18</sup>.

Percebe-se que o caminho tomado foi justamente no sentido de objetivar a responsabilidade civil, tornando a culpa um elemento cada vez mais acessório. Nesse sentido, pondera Jeovanna Viana:

A culpa já não conseguia inserir-se nestes novos danos, tornando-se difusa e impedindo a devida reparação. Forma-se assim a responsabilidade objectiva, que ocorre independentemente do elemento subjectivo – a culpa – baseando-se na ideia de que a produção do dano deverá obrigar à sua reparação por parte de quem criou o perigo<sup>19</sup>.

No Código Civil brasileiro de 1916, a regra era da responsabilidade subjetiva, conforme se apreendia do artigo 159. No entanto, foram surgindo leis esparsas que objetivaram algumas hipóteses de responsabilidade civil, tais como a lei para as atividades de mineração (Decreto-lei nº 227/67), a lei de acidentes de veículos (Lei nº 6.194/74 e Lei nº 8.441/92), a lei de atividades nucleares (Lei nº 6.453/77), a lei das atividades lesivas ao meio-ambiente (Lei nº 6.938/81), a lei de

---

<sup>17</sup> SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 66.

<sup>18</sup> GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: 2000, p. 88-93.

<sup>19</sup> VIANA, Jeovana. Op. Cit., p. 83.

transporte aéreo (Lei nº 7.565/86) e a lei de defesa do consumidor (Lei nº 8078/90)<sup>20</sup>.

A Constituição Federal de 1988 trouxe significativa contribuição para o tema da responsabilidade civil. No artigo 1º, III, sedimentou-se como fundamento da República Federativa do Brasil o princípio da dignidade da pessoa humana. E no artigo 3º, I, consagrou-se como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, positivando, assim, o princípio da solidariedade. A pessoa humana passou a ser o centro do ordenamento jurídico, deixando para segundo plano as questões patrimoniais. Assim, a vítima de um dano injusto ganhou maior relevância, merecendo o ressarcimento sempre que demonstrado o prejuízo a um interesse juridicamente tutelado.

Trata-se, sim, de proteger a pessoa humana em sua dimensão coexistencial, cuja rede de relações constitui a sociedade. Não é possível conceber o indivíduo sem o outro, pelo que a tutela da dignidade humana é sempre interindividual, baseada em uma ética de alteridade e jamais individualista<sup>21</sup>.

Sob essa perspectiva, o novo Código Civil reconheceu, ao lado do já consagrado sistema da responsabilidade subjetiva, o sistema da responsabilidade sem culpa. Por esse último, tem-se a objetivação do dever de reparar os danos, na medida em que a imputação deixa de conter o elemento subjetivo<sup>22</sup>. Fala-se, portanto, na convivência dos dois sistemas de responsabilidade civil, rechaçando a ideia de que a responsabilidade subjetiva seria a regra e a objetiva seria a exceção<sup>23</sup>.

Vale ressaltar que o Código Civil de 2002 não apenas firmou uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, no parágrafo único do artigo 927, como também positivou hipóteses de reparação apartada da culpa em artigos como o 932 lido em conjunto com o artigo 933, bem como os artigos 931, 936, 937 e 938.

<sup>20</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 384.

<sup>21</sup> FACHIN, Luiz Edson e PIANOVSKI, Carlos Eduardo. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 35, jul./set. de 2008, p. 109.

<sup>22</sup> ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre o direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 442.

<sup>23</sup> Defendendo que o Código Civil optou pelo sistema da responsabilidade subjetiva como regra, sustenta Flávio Tartuce que “Sobre o argumento de que o Código Civil de 2002 traz mais hipóteses de responsabilidade objetiva do que subjetiva, é interessante lembrar que é da técnica legislativa positivar as exceções e não a regra” (TARTUCE, Flavio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 5 ed. São Paulo: Método, 2010, p. 457).

Para que se configure a responsabilidade objetiva, necessário que a vítima prove os mesmos elementos da responsabilidade subjetiva, exceto a culpa. O dano e o nexo causal, nessa hipótese, continuam sendo elementos caracterizadores da obrigação de indenizar.

As excludentes de responsabilidade civil em âmbito de responsabilidade objetiva se aterão apenas ao elemento do nexo causal. Dessa forma, o suposto causador do dano só afastará seu dever de indenizar se provar caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

Além do fenômeno da objetivação, outras mudanças significativas no estudo da responsabilidade civil podem ser observadas, a exemplo da flexibilização do nexo causal. Vale frisar que, na responsabilidade civil objetiva, a regra é a demonstração do dano e da causalidade entre este e a conduta (ou atividade) realizada pelo agente. Todavia, vem-se admitindo situações em que o responsável é obrigado a indenizar independente de haver relação entre sua atividade e o dano alegado pela vítima. É a chamada responsabilidade objetiva agravada<sup>24</sup>. O liame de causalidade é presumido, a depender da atividade, como se dá na exploração de energia nuclear, em que as excludentes são específicas – conflito armado, guerra civil, hostilidades, insurreição ou fato excepcional da natureza (art. 8º da Lei 6453/77). Nas palavras de Andréa Ueda: “não há que se falar em demonstração do nexo causal, que acaba por ficar subtendido (*in re ipsa*) tamanhos os riscos advindos de tal atividade”<sup>25</sup>. Há, ainda, a responsabilidade baseada no risco integral que não admite excludentes de qualquer espécie. Lembra Maria Celina Bodin que a teoria do risco integral é adotada pelo nosso sistema “através do mecanismo do seguro obrigatório [...] nos casos de atropelamento por veículos automotores”<sup>26</sup>.

Também nas hipóteses de dano anônimo fala-se em presunção do nexo causal. São situações em que não se consegue identificar exatamente o agente causador do dano, mas é possível apontar o grupo onde ele estava inserido. “Como exemplo clássico tem-se o acidente de caça, em que um disparo atinge a vítima, sem que se possa determinar de que arma partiu o projétil”<sup>27</sup>. Em proteção à vítima, flexibiliza-se o nexo causal, trazendo à tona a coletivização da responsabilidade pelo

---

<sup>24</sup> NORONHA, Fernando. *Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização*. Op. Cit., p. 34.

<sup>25</sup> UEDA, Andréa Silva Rasga. 2008. *Responsabilidade civil nas atividades de risco: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002*. 2008. 177f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 20.

<sup>26</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva*. Op. Cit, p. 388.

<sup>27</sup> SCHREIBER, Anderson. Op. Cit, p. 72.

dano, de forma a imputar a conduta danosa a todos os prováveis agentes ou a todo o grupo envolvido.

Nesse sentido, o afastamento do elemento culpa, a maleabilidade do nexo causal e a socialização dos riscos sinalizaram a brusca mudança do estudo da responsabilidade civil<sup>28</sup>. Quer-se proteger a vítima do dano injusto, tutelando-a da forma mais eficaz possível e conferindo-lhe meios que lhe satisfaçam integralmente. Assim se vislumbra, em especial no caso da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, pois além de isentar a vítima do elemento subjetivo atrelado à conduta dos pais, confere-se ao ofendido a garantia do patrimônio do representante no pagamento da dívida oriunda da indenização.

O sistema da responsabilidade civil, conforme se percebe hoje, é inteiramente voltado não mais ao agente ofensor, mas à situação da vítima que sofreu lesão em seus interesses. Se houve dano, este deve ser compensado, não cabendo ao ofendido suportar o que lhe foi injustamente causado.

### 1.1.3 A tutela das famílias e a releitura da relação de parentalidade

O tema da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores também envolve o estudo das famílias. As relações familiares estão normatizadas no IV livro do Código Civil de 2002. Todavia, o Estatuto civilista não compreende as atuais nuances do Direito de Família, estando em descompasso com a atual dinâmica social. As unidades familiares há muito abandonaram a vetusta estrutura hierárquica, patriarcal, matrimonial e autoritária do século XIX.

O Código Civil de 1916, inicialmente, trazia previsões normativas que visavam proteger a instituição familiar como um símbolo de sacralidade. A influência das ideias religiosas inspirava uma sociedade com valores ligados à manutenção da família clássica: aquela formada pelo marido, esposa e filhos. O matrimônio era o ritual que sinalizava o nascimento de um grupo familiar, não cabendo tutela a outros ajuntamentos afetivos que eram considerados ilegítimos. Eram também as famílias que permitiam as ligações políticas, o desenvolvimento econômico, bem como a

---

<sup>28</sup> Nesse sentido, Anderson Schreiber sinaliza cinco tendências da responsabilidade civil: "(i) a erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil; (ii) a coletivização das ações de responsabilização; (iii) a expansão dos danos ressarcíveis; (iv) a despatrimonialização não já do dano, mas da reparação; e (v) a perda da exclusividade da responsabilidade civil como remédio à produção de danos". (SCHREIBER, Anderson. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p 152-153).

transmissão das tradições e dos bens, caracterizando um Estado essencialmente individual e patrimonialista. Quanto mais fortes fossem as estruturas familiares, mais forte seria a base do Estado. João Baptista Villella reconhece a possibilidade de influência de outros fatores culturais para a concepção da família clássica:

Convém, aqui, evitar a confortável, mas apressada e, quem sabe, leviana conclusão de que Estado e Igreja, nessa operação de envolvimento, estivessem movidos por uma espécie de fagocitose imperialista. Refoge ao âmbito de minhas preocupações, ao fazer o registro nessa oportunidade, especular sobre a inspiração fundamental que originou a politização e a sacralização da família. Trata-se muito provavelmente do resultado de um concurso de forças e circunstâncias culturalmente complexo e incoercível nos seus efeitos<sup>29</sup>.

A mulher, nesse contexto, era vista como um figurante do lar. Dela não partia nenhuma decisão sobre a vida da família. O seu papel se limitava aos cuidados da casa e da prole. O homem centralizava a tomada das decisões e a ele era entregue a autoridade sobre os demais membros. A autoridade se confundia com o autoritarismo, significando poderes quase absolutos sobre a mulher e filhos. A desigualdade entre os cônjuges era evidentemente marcada pela concentração de poderes atribuídos ao sexo masculino. A redação original do artigo 240 do revogado Código Civil demonstrava claramente tal visão ao dispor que: “a mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta”.

A rigidez da estrutura familiar e a preocupação da Igreja e do Estado em mantê-la corroboravam com a ideia de indissolubilidade do matrimônio. O casamento era compreendido como instituição divina e deveria ser mantida ainda que os laços afetivos estivessem gastos.

No que tange às relações de parentalidade, percebia-se a desigualdade na tutela dos filhos. Legítimos eram aqueles nascidos dentro do matrimônio, merecendo privilégios em detrimento daqueles nascidos de relações extramatrimoniais, os chamados ilegítimos. A punição recaía sobre a figura do filho espúrio que perdia expressivamente seus direitos pessoais e sucessórios.

As alterações desse quadro foram paulatinas e só ganharam efetiva expressão com a Carta Constitucional de 1988 que consagrou, dentre outros princípios, a liberdade (implicando na escolha de casar e divorciar), a igualdade (a

---

<sup>29</sup> VILLELLA, João Baptista. Repensando o direito de família. In: COUTO, Sérgio (Coord.). *Nova Realidade do Direito de Família*, Rio de Janeiro: COAD, 1999, p. 52.

ser aplicada entre os cônjuges e entre os filhos) e o pluralismo (representando a possibilidade de várias formações familiares).

Se antes o matrimônio, a filiação e o divórcio eram institutos sustentados em prol da estrutura familiar, agora a tutela se volta aos membros individualmente considerados, buscando alcançar a dignidade de cada um deles. Conforme atesta Pietro Perlingieri, a família passa a ser uma instituição a serviço dos seus componentes, apta a permitir-lhes o desenvolvimento pessoal:

A delineada função serviente da família, assim como a de qualquer formação social, esclarece o papel da intervenção do Estado na comunidade familiar. Ela se traduz na necessidade de se respeitar o valor da pessoa na vida interna: isso não por um motivo de Estado, nem de família, isto é, superior aos interesses das partes. A comunidade familiar deve se inspirar, como qualquer formação social, no princípio da democracia<sup>30</sup>.

Segundo Maria Celina Bodin, a família moderna é caracterizada pela democracia entre os seus membros. As decisões devem ser sempre pautadas no diálogo e no possível consenso. A autoridade, centrada na figura dos pais, se exprime não por meio de autoritarismo, mas através de uma mediação de interesses:

Nesta família democrática, a tomada de decisão deve ser feita através da comunicação, através do falar e do ouvir. Entre marido e mulher, busca-se atingir consenso; entre pais e filhos, a conversa e o diálogo aberto. Mas tampouco falta autoridade na família; é, no entanto, uma autoridade democrática que ouve, discute e argumenta. Sustenta-se que a autoridade deve ser negociada em relação aos filhos. Não há espaço para a tirania na família democrática, nem por parte dos pais, nem por parte dos filhos<sup>31</sup>.

A democracia nas famílias e a ideia de pluralismo contribuíram para o reconhecimento de diversas entidades familiares. A forma rígida estruturada na figura dos pais e dos filhos vem sofrendo constantes mudanças, passando-se a admitir outras formas de composição familiar. O artigo 226 da Constituição Federal confere tutela às famílias constituídas pelo casamento civil (§1º) e religioso (§2º), pela união estável, ou companheirismo, (§3º) e àquelas formadas por um dos ascendentes e seus filhos (§4º). Não são apenas essas as formas de agrupamento familiar que devem ser tuteladas, mas todas aquelas que estiverem assentadas na

---

<sup>30</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 976.

<sup>31</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. A família democrática. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 213.

afetividade, ou seja, no intento comum de se formar laços familiares. Nesse sentido pondera Paulo Luiz Netto Lôbo:

Se a Constituição abandonou o casamento como único tipo de família juridicamente tutelada, é porque abdicou dos valores que justificavam a norma de exclusão, passando a privilegiar o fundamento comum a todas as entidades, ou seja, a afetividade, necessário para realização pessoal de seus integrantes<sup>32</sup>.

As famílias não seguem – e nem deveriam seguir – nenhum padrão previamente chancelado pelo Estado. É, na verdade, o Estado que deve procurar tutelar os anseios sociais, reconhecendo a dinamicidade e a flexibilidade das relações. Não raro se percebem famílias formadas por avôs e netos; ou pela mãe, seus filhos e o padrasto; ou ainda por tios e sobrinhos. A variedade de modelos não se limita, crescendo e se sujeitando a apenas uma condição: o afeto.

A família não é criação do Estado ou da Igreja. Tampouco é uma invenção do direito como são, por exemplo, o leasing, a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, o mandado de segurança, o aviso prévio, a suspensão condicional da pena ou o devido processo legal. Estes institutos são produtos da cultura jurídica e foram criados para servir a sociedade. Mas a família antecede ao Estado, preexiste à Igreja e é contemporânea do direito. Pela ordem natural das coisas, não está no poder de disposição do Estado ou da Igreja desenhar, ao seu arbítrio, o perfil da família. O poder jurídico de um e de outra relativamente à família não pertence à ordem da atribuição. Pertence, ao contrário, à ordem do reconhecimento<sup>33</sup>.

Nesse contexto, percebe-se que a figura do homem como provedor do lar e mandante dos filhos e da esposa restou enfraquecida, passando aquele a dividir o cenário com os outros entes. O artigo 226, §5º da Constituição de 1988 equiparou o homem à mulher na sociedade conjugal: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. A mulher, assim, ganha relevante papel, exercendo, ao lado do marido, as mesmas funções e os mesmos direitos, inclusive dividindo a autoridade sobre os filhos menores.

No que tange ao papel dos filhos na família, percebe-se que eles ganharam prioridade absoluta com protagonismo no cenário jurídico, conforme atesta o artigo 227 da Carta da República:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde,

<sup>32</sup> LÔBO, Luiz Paulo Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus, In: FARIAS, Cristiano Chaves de. (Org.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 8-9.

<sup>33</sup> VILLELA, João Baptista. Op. Cit., p. 53.

à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Código Civil de 2002 prevê o poder familiar como instrumento hábil a proteger os filhos menores. É dever dos pais, portanto, conferir a melhor educação para que seus rebentos se desenvolvam plenamente, sendo orientados no sentido de alcançar a autorresponsabilidade. Logo, não mais se pode cogitar uma relação em que os pais, de forma autárquica, imponham regras e condições aos filhos menores. A tutela dos interesses da criança e do adolescente perpassa pela ideia de uma criação ancorada no diálogo, na liberdade vigiada e no respeito à individualidade do filho. Quer-se, com isso, permitir um ambiente propício ao menor, em que ele possa consolidar a sua personalidade sem a intervenção tirânica de terceiro.

Dentro da concepção de família democrática, erige-se a importância do diálogo nas relações de parentalidade. A comunicação não apenas fortalece o vínculo afetivo, como também confere à criança e ao adolescente a oportunidade de participar, de forma ativa, das escolhas referentes à própria autodeterminação. Assim, o desempenho da autoridade pelos pais se concretiza através de orientações e aconselhamentos, permitindo que o infante adquira, dentro de seu discernimento, uma liberdade consciente. Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente se preocupa em assegurar a manifestação de vontade dos filhos. É o que lembra Gustavo Tepedino:

(...) o art. 53 do ECA prevê o direito à educação, com vistas à formação do menor para se desenvolver como pessoa, sem olvidar sua capacidade laborativa. Nesse sentido, dispõe que o processo educacional deve ser participativo, uma vez que o menor tem direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores, caso seja necessário. Outras hipóteses previstas pelo ECA referem-se à oitiva da criança ou adolescente quando a suspensão ou perda da autoridade parental importar na modificação da guarda (art. 161, §2º); e ao consentimento do adolescente no caso de adoção (art. 45, §2º). Sem falar na normal geral do art. 28 do Estatuto, que determina sua oitiva sempre que possível<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu, et al (Org.). *Direito de Família do Novo Milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 425.

Ao que se deduz da leitura do Estatuto Civil e do ECA, os pais possuem deveres espirituais e patrimoniais em relação aos filhos. Significa que devem orientá-los adequadamente, inserindo-os na sociedade por meio de valores éticos e morais, além de administrar os bens que os rebentos eventualmente tenham. Acerca da gerência patrimonial, prevê o artigo 1.689, II que “o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”. Sendo os filhos menores e incapazes, não estão aptos a gerenciar o próprio patrimônio, competindo tal ofício aos genitores. Com isso, quis o legislador evitar a má administração que prejudicasse o menor, conferindo o ofício a um agente capaz.

A mudança da percepção do direito de família permite concluir que a estrutura (o que é a família, como ela é formada) perde espaço para a sua função (para que serve), que se exprime na tutela dos membros individualmente considerados. Conforme acentua Gustavo Tepedino, o estudo das famílias, em especial nas relações de parentalidade, ganha novas características que merecem ser apontadas:

1. A funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, em particular dos filhos; 2. A despatrimonialização das relações entre pai e filhos; 3. A desvinculação entre a proteção conferida aos filhos e a espécie de relação dos genitores<sup>35</sup>.

É com base nessa nova concepção de família que se devem voltar os olhos para o estudo da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores.

## 1. 2 Os fundamentos para a responsabilidade dos pais

O artigo 932, I, do Código Civil atual prediz que são os pais os responsáveis pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. O artigo 933, em continuidade ao disposto no artigo antecedente, afirma que a responsabilidade ocorrerá independente de culpa, ou seja, não precisa a vítima provar a falha na educação ou na vigilância do menor.

---

<sup>35</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 551.

Pertine questionar acerca do fundamento das referidas normas. Por que são os pais aqueles a quem se imputa a responsabilidade? E ainda, por que essa responsabilidade independe de culpa?

Descobrir o fundamento da norma implicará compreender o seu real alcance. Assim, será possível averiguar se a responsabilidade se estende a terceiros, a exemplo dos avós, do padrasto, ou de quem quer que exerça autoridade e tenha o menor em sua companhia. Implica também entender em que hipóteses estará o genitor liberado de qualquer responsabilidade. Resta, portanto, analisar os posicionamentos jurídicos acerca do fundamento da responsabilidade civil pelos atos do menor.

### 1.2.1 Presunção de culpa

Conforme já se mencionou, a culpa é elemento da responsabilidade subjetiva. Trata-se de um estado de consciência que atribui ao agente causador do dano o dever de reparar a vítima. Quando se fala em culpa *in vigilando* dos pais, está-se supondo a falta de diligência dos responsáveis na fiscalização dos atos do menor. Em outros dizeres, os pais, conscientemente, falharam quando não impediram o ato ilícito. Nesse sentido afirma Jeovana Vianna

a culpa *in vigilando* exprime um juízo de censura pela omissão de um dever de vigilância condicionado pela adoção de cautelas adequadas à guarda do menor. A medida de atenção e vigilância depende do caráter, da educação, da idade, das faculdades da pessoa submetida à autoridade familiar, dos costumes locais e de várias outras influências<sup>36</sup>.

A culpa também pode ser remetida à ideia de educação, configurando a culpa *in educando*, sendo dever dos pais a melhor orientação na criação dos filhos, apontando-lhes o caminho que conduz ao pleno desenvolvimento de sua personalidade. Dessa sorte, analisar a responsabilidade dos pais sob a perspectiva da culpa *in vigilando* ou *in educando* implica evidenciar a conduta paterna, colocando-a como objeto de discussão.

A necessidade de provar a culpa dos pais esteve presente nos artigos 1.521<sup>37</sup> e 1.523<sup>38</sup> do Código Civil de 1916. O Código de Menores de 1927 (Decreto

---

<sup>36</sup> VIANA, Jeovanna. Op. Cit., p. 45.

<sup>37</sup> Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

I. Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.

17.943-A) previu no §4º do artigo 68 que “são responsáveis pela reparação civil do dano causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumbia legalmente sua vigilância, salvo se provar que não houve de sua parte culpa ou negligência”. Dessa forma, passou-se a presumir a culpa parental, eximindo a vítima de provar a falta na conduta dos pais. No entanto, esses poderiam provar a ausência de culpa, com o conseqüente afastamento do dever de reparar o dano<sup>39</sup>.

Tinha-se, então, que, se o menor praticou um ilícito civil, certamente houve negligência por parte dos pais que não tomaram os cuidados devidos para evitar o dano. Expõe Alvíno Lima os fatores que explicam a presunção *iuris tantum* dos genitores:

1º. A vítima não conhece o menor nem seus pais, a fim de se exigir dela a prova da vigilância e da educação dos mesmos. Ao contrário, é fácil aos pais fornecerem os elementos necessários que permitirão decidir se houve defeito de vigilância. 2º. É muito provável que a pessoa obrigada à vigilância, na presença de condições idôneas a permitir o exercício desta, não tenha estado em condições de cumpri-la eficazmente; é justo, portanto, que sua culpa seja presumida até prova em contrário. 3º. Os menores, tutelados, etc., são pessoas das quais se pode esperar a produção de danos; demonstra-se, portanto, a oportunidade de um meio especial de tutela, consistente, precisamente, na inversão do ônus da prova da culpa<sup>40</sup>.

A presunção estava justamente assentada nos deveres de vigilância e educação a serem cumpridos pelos genitores, conforme dispunha os artigos 231<sup>41</sup> e 384<sup>42</sup> do antigo Código Civil. O dano ocasionado por um menor levava a

---

II. O tutor e curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições.

III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião deles (art. 1.522).

IV Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educadores.

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

<sup>38</sup> Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, nº V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.

<sup>39</sup> Ensina Jeovanna Viana que a presunção de culpa dos pais foi originalmente prevista no artigo 1384 do código de Napoleão que “estabelecia em sua primeira alínea e de maneira irrefragável uma presunção *iuris tantum*, em que o pai, o patrão, o preponente, o preceptor e o artesão eram responsáveis pelos danos causados pelo filho menor, pelo empregado, pelo preposto, pelo discípulo e pelo aprendiz. Na última alínea, o dispositivo em causa determinava que o pai, a mãe, os preceptores e artesãos poderiam evadir-se desta responsabilidade se provassem ter-lhes sido impossível impedir o facto que gerou o dano. Esta responsabilidade por acto do filho repousava, como responsabilidade por facto pessoal, inclusa na teoria da culpa”. (VIANA, Jeovanna. Op. Cit., p. 11).

<sup>40</sup> LIMA, Alvíno. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Op. Cit., p. 46-47.

<sup>41</sup> Art. 231. São deveres de ambos os cônjuges:

I. Fidelidade recíproca.

II. Vida em comum, no domicílio conjugal (art. 233, nº IV, e 234).

III. Mutua assistência.

crer na ausência do cumprimento desses deveres parentais, de forma a atribuir aos representantes o dever de reparação em favor da vítima. Nesse sentido, José Fernando Simão explica que

o dano causado pelo filho permite supor uma conduta deficiente dos pais, justificando a consagração legal de uma presunção de culpa destes. Isso porque o poder familiar impõe aos pais obrigações, não somente em face de seus filhos, mas em face de terceiros: é o dever de fornecer aos seus filhos uma boa educação e vigiá-los atentamente, impedindo-os de que causem dano a outros. Assim, quando um menor causar um dano, pode-se chegar à conclusão de que os seus pais não cumpriram com os seus deveres, incorrendo em culpa. Derroga-se, portanto, o direito comum da responsabilidade: cria-se uma pressuposição ou presunção de culpa dos pais, de maneira que se retira da vítima a necessidade de estabelecer a culpa dos pais, o que lhe facilita a ação, como exige a equidade<sup>43</sup>.

Não obstante toda a doutrina construída em torno da presunção de culpa dos pais, cumpre esclarecer que esse fundamento já foi veementemente afastado pelo Código Civil de 2002. Isso porque o artigo 933 é claro ao dizer que a responsabilidade é objetiva, sem espaço para a análise do elemento anímico<sup>44</sup>.

A falha dos pais na vigilância que deveria ter sido exercida sobre o filho ou a má educação dada não são campos de preocupação jurídica. Se o pai agiu bem ou mal, se fez tudo para evitar o dano causado pelo filho ou se, ao contrário, foi ausente na criação, nada disso importa para o legislador atual que suprimiu a culpa da responsabilidade parental.

Em suma, dizer que a responsabilidade dos pais é objetiva, significa que não há brecha para discussão acerca da culpa, seja ela provada pela vítima, seja ela afastada pelos pais. Nesse sentido o enunciado 451 da V Jornada de Direito Civil esclarece que “a responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na

---

IV. Sustento, guarda e educação dos filhos

<sup>42</sup> Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I. Dirigir-lhes a criação e educação.

II. Tê-los em sua companhia e guarda.

III. Conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento, para casarem.

IV. Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder.

V. Representá-los nos atos da vida civil.

V. Representá-los, até aos dezesseis anos, nos actos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos actos em que forem partes, supprindo-lhes o consentimento.

VI. Reclama-los de quem ilegalmente os detenha.

VII. Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

<sup>43</sup> SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade Civil do Incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

<sup>44</sup> Não obstante a clareza legislativa acerca da responsabilidade objetiva dos pais, alguns autores ainda mencionam a presunção de culpa: “delineia-se, na espécie [responsabilidade dos pais por atos de filhos menores], uma presunção de culpa cuja fonte é justamente o pátrio poder [hoje, poder familiar]” (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 825).

responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida”.

Conforme se denota, atualmente, a presunção de culpa não é o melhor fundamento a ser erigido para a responsabilidade paterna, pois colide frontalmente com o texto dos artigos 932 e 933 do atual Código Civil.

### 1.2.2 Atividade de risco

O parágrafo único do artigo 927 da atual legislação civil prediz que haverá dever 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.

José Fernando Simão admite como fundamento da responsabilidade objetiva dos pais o chamado risco dependência, afirmando:

quem decide pela paternidade ou maternidade assume os riscos de ter sob sua dependência pessoa sem capacidade de discernimento entre o certo e o errado, que, portanto, tem uma maior chance de causar danos a terceiros<sup>45</sup>.

É a ideia de que os filhos são potencialmente causadores de dano, de forma que os pais exercem uma atividade arriscada: a da criação.

Conforme se percebe, tal concepção coloca a criança e o adolescente equiparados a um objeto perigoso. A “coisificação” do menor em nada converge com o princípio da dignidade da pessoa humana, que trata o homem como fim em si mesmo e deixa de lado o reconhecimento de sua liberdade, igualdade e integridade psicofísica<sup>46</sup>. Também não coaduna com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que exalta as particularidades desse grupo de vulneráveis merecedores de tutela específica, tendo o intuito de garantir a real efetividade dos seus direitos. A crítica à adoção dessa teoria também é feita por Sergio Cavaliéri:

Chegam a dizer que se o pai põe filhos no mundo corre o risco de que da atividade deles surja dano para terceiro. A levar a teoria do risco a tal extremo, tudo passará a tê-la por fundamento, até o próprio nascimento. Parece-nos exagero falar em risco de ter um filho, risco de ser pai, e assim por diante<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> SIMÃO, José Fernando. Op. Cit, p. 73.

<sup>46</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 85.

<sup>47</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. Op. Cit., p. 206.

Ademais, jamais seria possível equiparar a criação dos filhos a uma atividade de risco para enquadramento no parágrafo único do artigo 927. Isso porque uma atividade é concebida mediante uma estruturação que permita alcançar determinado fim, seja econômico, social, esportivo ou cultural. Essa estruturação adviria de uma série de atos concatenados capazes de formar um ambiente que favorecesse a circulação de bens ou de serviços<sup>48</sup>. O risco, por sua vez, é a probabilidade de perigo. Pietro Perlingieri define atividade perigosa como

*quelle attività che, pur non essendo prese in considerazione da tali leggi, [leggi speciali] presentino, per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi adoperati, una rilevante probabilità di danno o una “spiccata potenzialità offensiva”*<sup>49</sup>

A paternidade, sendo desenvolvida a partir de um estado de graça, em que pais e filhos criam laços afetivos, não deve ser compreendida como uma atividade de risco. Primeiro porque não se trata de uma atividade e sim de uma situação jurídica; segundo por ser impróprio dizer que o ato de criar filhos é uma conduta potencialmente ofensiva, na medida em que se equiparam os rebentos a instrumentos de danos.

O parágrafo único do artigo 927 pode ser perfeitamente aplicado à responsabilidade dos pais em sua primeira parte: “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei (...)”. Assim porque o legislador civil objetivou a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores (art. 933). No entanto, quanto à parte final do citado artigo, volta-se a frisar: inapropriado eleger a criação dos filhos como atividade de risco.

### 1.2.3 O exercício do poder familiar

Inicialmente, cumpre apontar que o estudo do poder familiar se dará de forma mais detida e pormenorizada no segundo capítulo do presente trabalho.

<sup>48</sup> É também a doutrina de Raquel Salles: “Destarte, a obrigação de indenizar em análise se refere à atividade perigosa desenvolvida numa organização empresarial ou eventualmente, desde que configure uma série de atos direcionados a um fim, seja este econômico, esportivo ou recreativo (...)”. (SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 136-137).

<sup>49</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 639. Tradução livre: [atividades perigosas são] aquelas atividades que, embora não sendo consideradas por tais leis [leis especiais] produzem, por sua natureza ou pelas características dos meios utilizados, uma probabilidade substancial de dano ou de forte potencial ofensivo.

Reserva-se a este tópico apenas as ponderações suficientes para a compreensão do fundamento jurídico do dever de indenizar dos pais.

O poder familiar tem por origem o poder paterno (ou pátrio poder), figura que colocava em evidência o homem, eleito como o chefe provedor da família. Era o varão quem comandava os passos da esposa, dos filhos e dos empregados, sendo o único tomador de decisões. Fustel de Coulanges afirma que o poder paterno se assentou na religião doméstica e ensina que, entre os povos antigos, cada família possuía seu ritual, sem quaisquer regras impostas por um poder exterior.

Não havia outro sacerdote além do pai; como sacerdote, ele não conhecia nenhuma hierarquia. O pontífice de Roma, ou o arconte de Atenas, podia certificar-se de que o pai de família cumprisse todos esses ritos religiosos, mas não tinha o direito de obrigá-lo a nenhuma modificação. [...] Cada família tinha suas cerimônias, que lhe eram próprias, suas festas particulares, suas fórmulas de oração e seus hinos. O pai, único intérprete e pontífice dessa religião, era o único que tinha o poder de ensiná-la, e não o podia fazer senão a seu filho<sup>50</sup>.

Por ser o pai aquele que ensinava os ritos, era o representante da religião no lar e, portanto, considerado a única autoridade. A mulher não participava dessa transmissão de fé, senão por intermédio de seu pai ou de seu marido. Disso resultou a figura do homem como o orientador, o disciplinador, o provedor da crença, de forma a se admitir, nesse contexto, certo poder para o sexo masculino.

No Brasil, o patriarcado ficou evidentemente realçado na figura dos senhores de engenho e dos barões de café. As famílias eram marcadas pela forte influência do homem no cenário político, econômico e religioso. Essa herança rural e hierárquica veio perdendo força ao longo dos anos, de forma que os demais membros ganharam, paulatinamente, espaço na tutela das famílias<sup>51</sup>.

De acordo com Silvio Rodrigues, “o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não

<sup>50</sup> COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Editora das Américas, 1961. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>>. Acesso em: 14 de fev. 2013.

<sup>51</sup> Explica Gilberto Freire que os colégios jesuítas retiraram das casas-grandes duas principais funções atribuídas ao patriarcalismo: a educação e a religião. O chefe de família, assim, perdeu o seu centro dominador. A igreja, através dos colégios, criou fortes laços com alunos, de sorte que os padres eram mais respeitados que os próprios pais. Nas palavras do sociólogo, “era o declínio do patriarcalismo. O desprestígio dos avós terríveis, suavizados agora em vovós. O desprestígio dos “senhores pais” que começavam a ser simplesmente “pais” e até “papais”. Era o menino começando a se libertar da tirania do homem. O aluno começando a se libertar da tirania do mestre. O filho revoltando-se contra o pai. O neto contra o avô. Os moços assumindo lugares que se julgavam só dos velhos”. (FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos*. São Paulo: Global, 2003, p. 200).

emancipados, tendo em vista a proteção destes”<sup>52</sup>. Há que se ter em mente que o poder familiar, hoje melhor compreendido como autoridade parental<sup>53</sup>, não tem por foco os seus titulares (os pais). Antes, a família está centralizada na figura dos filhos, por serem sujeitos em desenvolvimento e, portanto, carecedores de maior cuidado. Nesse mesmo sentido, Caio Mário acentua que a estrutura do atual poder familiar

consagra, definitivamente, a ‘doutrina jurídica da proteção integral’, ao indicar que os interesses dos pais não se impõem aos dos filhos, reconhecendo-se a condição de sujeitos de direitos que a lei lhes atribui. Estamos diante de uma nova estrutura familiar marcada essencialmente pelas responsabilidades dos pais pelos filhos, pessoas em condições peculiares de desenvolvimento<sup>54</sup>.

Ao se falar em poder familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente deve sempre estar em mira, conforme acentua o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>55</sup>. Não sendo realizada a devida proteção do menor, caberá a suspensão ou até mesmo a extinção do poder familiar. Maria Celina Bodin de Moraes sinaliza a preocupação do Constituinte com os interesses da criança e do adolescente:

O poder familiar é hoje concebido como um poder-dever posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer as suas necessidades existenciais, consideradas mais importantes, conforme prevê a cláusula geral de tutela da pessoa humana. Esse também é, não por acaso, o teor do art. 227 da Constituição, ao determinar ser dever da família assegurar, com *absoluta* prioridade, às crianças e aos adolescentes os direitos a: vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária<sup>56</sup>.

Há autores, a exemplo de Sergio Cavalieri Filho<sup>57</sup>, Tânia da Silva Pereira<sup>58</sup> e José de Aguiar Dias<sup>59</sup>, que apontam o poder familiar como fundamento

<sup>52</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 356.

<sup>53</sup> “Melhor que ‘poder familiar’, a expressão autoridade parental traduz uma gama de conjunturas que informam a caracterização de direitos e a assunção de deveres consecutórios, o que desconstrói, por assim dizer, a noção de ‘poder’ decorrente da terminologia indicada pelo Código Civil brasileiro em seu artigo 1.631”. (FACHIN, Luiz Edson. Do pater famílias à autoridade parental. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 112, jul. de 2011, p. 100).

<sup>54</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. Cit., p. 422.

<sup>55</sup> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

<sup>56</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2010, p. 447-448.

<sup>57</sup> Segundo o autor: “Essa espécie de responsabilidade [dos pais pelos atos dos filhos menores], tem por fundamento o vínculo jurídico legal existente entre pais e filhos menores, o poder familiar, que impõe aos pais obrigações várias, entre as quais a de assistência material e moral (alimentos,

da responsabilidade civil dos pais. São os genitores que, precipuamente, detêm o poder familiar, dele decorrendo uma série de deveres legais em prol dos filhos. Assim atesta o artigo 1.631 do Código Civil atual, em sua primeira parte: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; (...)”. No mesmo sentido, o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que “o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe (...)”. O artigo 1.634 do Código Civil, por sua vez, enumera os deveres decorrentes do poder familiar, dentre os quais se podem constatar os deveres de criação, de educação, de guarda e de manutenção do menor em sua companhia.

Ao que se percebe, o legislador conferiu aos pais a incumbência de proteger os filhos. Daí dizer que a responsabilidade dos pais se fundamenta na ideia de que aqueles que protegem os filhos do mal, devem também evitar que esses causem algum mal. Uma vez que a presença dos pais deve ser incisiva a ponto de contribuir para uma boa educação de seus rebentos, esses irão refletir o aprendizado através de boas condutas. Se isso não ocorrer, a responsabilidade deve recair sobre quem ensinou e orientou, pois apenas esse tinha real condição de evitar o dano causado.

Para responder pelos atos dos filhos, o sujeito deve ser, antes de tudo, pai. A filiação deve restar caracterizada para que os efeitos jurídicos oriundos do poder familiar se repercutam. Logo, não se pode responsabilizar aquele que supostamente é o pai, mas quem, por declaração espontânea (escrita ou tácita) ou judicial o é. Vale ainda dizer que, quando o artigo 932, I, se refere aos pais, não restringe apenas aos biológicos, mas certamente alcança a todos aqueles que exercem a função de pai, ou, em outras palavras, aqueles que exercem a autoridade parental.

---

educação, instrução) e de vigilância, sendo esta nada mais que um comportamento da obra educativa”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit., p. 208).

<sup>58</sup> Menciona a autora que “em decorrência do Poder Familiar (antigo Pátrio Poder) no que concerne aos filhos menores, os pais respondem por encargos e obrigações, inclusive eventuais prejuízos que possam causar a terceiros (...)”. Mais adiante, arremata: “quando se cogita da responsabilidade paterna tem-se em vista o inadimplemento real ou presumido dos deveres dos pais em relação aos filhos”. (PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 215-217).

<sup>59</sup> Diz o autor que “essa espécie de responsabilidade [dos pais perante os atos dos filhos menores], portanto, se relaciona intimamente com o exercício do poder familiar, e deve ser julgada em função desse dever, que impõe ao seu titular obrigações de conteúdo especial, notadamente no tocante à vigilância”. (DIAS, José de Aguiar. Op. Cit., p. 748).

Melhor explicando, são os pais que devem cumprir com os deveres em favor do menor, esperando-se deles (e não de terceiros) o exercício da autoridade. Assim, se não houver o real cumprimento desses deveres por quaisquer motivos, seja porque o pai possui domicílio diferente do filho, seja porque o pai não possui tempo suficiente ou condições financeiras para manter-se constantemente presente na vida do filho, seja porque não nutriu afeto por seu rebento e o mantém distante, ainda assim a responsabilidade persistirá. Quer dizer que não há escusa para o não cumprimento dos deveres parentais e, por decorrência, não há escusa para a irresponsabilidade parental. Assim, se é pai, deve agir conforme os deveres atribuídos pela lei. Quer-se dizer que o exercício do poder familiar pode se mostrar efetivo ou potencial e, em ambos os casos, a responsabilidade sobrevirá a seus titulares, em caso de dano praticado pelo filho menor.

Afirma-se, pois, que o poder familiar, sendo fundamento para o dever de indenizar dos pais, se apresenta como nexos de imputação. O nexo de imputação nada mais é que a justificativa jurídica para a atribuição de responsabilidade a um sujeito<sup>60</sup>. Aos pais é imputada a responsabilidade sobre os atos dos filhos em decorrência do poder familiar. Assim, o nexo de imputação só não poderá ser vislumbrado nos casos em que não houver paternidade ou maternidade configuradas. Para melhor compreender o raciocínio, pensa-se no seguinte exemplo: Márcio, amigo de Paula e André, resolve levar o filho menor do casal para um passeio de bicicleta sem a autorização expressa dos pais. Ocorre que, durante o lazer, o infante dirige sua bicicleta contra um pedestre, causando-lhe sérias escoriações. Nesse caso, de quem é a responsabilidade sobre os atos do menor? Numa análise precipitada, pode-se concluir que a responsabilidade será única de Márcio, por ter retirado o menor de casa sem a permissão dos pais, afastando deles a possibilidade de evitar qualquer mal. No entanto, o cenário merece melhor avaliação.

Por certo que a responsabilidade poderá ser imputada a Márcio que possuía, no momento do ilícito, a companhia do menor. No entanto, como não havia exercício de autoridade por aquele, não incorrerá nos termos do artigo 932, I,. Portanto, para que a vítima impute responsabilidade a Márcio, deverá fazer a prova da culpa *in vigilando*, demonstrando que o acompanhante faltou com os deveres

---

<sup>60</sup> NORONHA, Fernando. Op. Cit., p. 19.

esperados de vigilância. Assim porque é o exercício da autoridade parental que elege o genitor como responsável pelo dever objetivo de indenizar. Se o terceiro não passa de um acompanhante, sua responsabilidade será subjetiva, seguindo a regra do artigo 186 do Código Civil atual.

Ainda no que diz respeito ao caso narrado, o dever de indenizar poderá também ser imputado aos pais, visto que o nexo de imputação (autoridade parental) ainda se mostra presente. Repise-se: o nexo de imputação é o fundamento do dever de indenizar; é a razão jurídica para a atribuição de responsabilidade ao sujeito. O fato de os pais não presenciarem o instante do ato ilícito cometido pelo filho menor não lhes retira a autoridade parental, dada por lei. Assim, se a autoridade era efetivamente exercida ou não, pouco importa para fins de responsabilidade dos pais.

Importante, nesse ponto, evitar a confusão entre o nexo de imputação e o nexo de causalidade. Enquanto o primeiro se apresenta como um motivo ou fundamento jurídico a embasar a responsabilidade civil, o segundo é conceituado como uma relação que se estabelece entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir se a conduta foi ou não a causa do dano<sup>61</sup>.

O nexo de causalidade afasta o dever dos pais quando há uma quebra lógica entre a conduta do ofensor e o dano causado. Assim, se ficasse constado, no caso ilustrado, que não foi o menor que causou o dano, mas sim o próprio pedestre que não respeitou a sinalização, estaria rompido o liame entre a conduta do menor e o prejuízo, não se falando em responsabilização de terceiro.

Todavia, uma vez configurado o nexo entre conduta e dano e, vislumbrada a culpa do ofensor, os pais respondem em razão do nexo de imputação que a eles se dirige. São eles os responsáveis porque exercem autoridade parental. O nexo de imputação só pode ser afastado se não existir sequer o exercício potencial da autoridade parental, hipótese daqueles que não possuem a paternidade reconhecida.

Em suma, Mário responderá subjetivamente, por força do artigo 186 e 927, *caput*, do Código Civil. Como a ele não cumpria o exercício da autoridade parental, ausente estará o nexo de imputação do artigo 932, I, motivo pelo qual não se enquadrará nessa hipótese. Quanto aos pais (Paula e André), estes responderão por força dos artigos 932, I, e 933 do mesmo diploma civil. É a imputação legal, em

---

<sup>61</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit., p. 49.

razão dos deveres parentais, que coloca os genitores como garantidores dos atos dos filhos menores.

No que pertine à possibilidade de transferência dos deveres parentais, o poder familiar se caracteriza pela sua indelegabilidade, não podendo o pai transferir sua autoridade a outrem<sup>62</sup>. Nesse sentido afirma João Andrades Carvalho que o poder familiar “não pode ser transferido, por vontade própria dos pais, para outras pessoas”<sup>63</sup>. Significa que o genitor não pode criar uma figura substituta de si mesmo e atribuir a esta todos os deveres que lhe são imputados por lei, ainda que de forma temporária.

Admite-se a renúncia (delegabilidade permanente) ao poder familiar, apenas na hipótese de adoção. Assim, o genitor abdica de sua autoridade em prol de outro sujeito que a exercerá em função do menor. Desse modo, todos os deveres parentais são afastados do genitor renunciante e transferidos ao adotante. Em nenhuma outra hipótese se admite a renúncia do poder familiar.

Cumpra esclarecer que, embora a autoridade parental não possa ser delegada, o seu exercício pode ser dividido. Nesse mesmo sentido ensina João Andrades Carvalho:

Se é indivisível o pátrio poder [agora poder familiar], o mesmo não se pode dizer do seu exercício. No caso de pais separados e cujos filhos tenham a guarda deferida a terceiros, cinde-se o exercício do pátrio poder. Exercem-no parcialmente o pai e a mãe, em representando os filhos nos atos da vida civil. Exerce-o em parte o guardião, mantendo os menores sob sua guarda. Em tal hipótese, o pátrio poder em si não se divide. O que se divide é o seu desempenho, dividem-se incumbências<sup>64</sup>.

Desse modo, é possível aventar que a ausência de coabitação dos pais não afasta o concomitante exercício do poder familiar por ambos. Antes, a autoridade existe independente da guarda sobre o menor, se extinguindo apenas nos casos explicitados em lei, como por exemplo a morte ou a emancipação. Implica dizer que o genitor sem a guarda do filho não deixa de exercer os atos de autoridade, continuando igualmente responsável pelos seus atos. Nesse sentido, Caio Mário alerta:

<sup>62</sup> Caio Mario acentua que “a *pátria potestas*, como direito de família puro é ‘indisponível’ no sentido de que o pai não pode abrir mão dele; é ‘inalienável’, quer dizer, não pode ser transferido; é ‘irrenunciável’, e incompatível com a transação; é ‘imprescritível’, vale dizer, que dele não decai o genitor pelo fato de deixar de exercitá-lo. Somente pode perde-lo o pai na forma da lei”. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. Cit., p. 423).

<sup>63</sup> CARVALHO, João Andrades. *Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder*. Rio de Janeiro: AIDE, 1995, p. 180.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 181.

a separação judicial e o divórcio não implicam alteração do poder familiar, que, num como no outro caso, continua a ser exercido por ambos os genitores. No interesse do filho, para sua melhor assistência e educação, pode ser acordado entre os pais, ou determinado pelo juiz, que a um ou a outro seja atribuída a guarda do filho. Mesmo no caso de ser confiado a terceiros subsiste o poder familiar, de que somente decairá qualquer deles por decisão judicial devidamente fundamentada<sup>65</sup>.

Ainda dentro do tema, assaz importante analisar as situações previstas entre os artigos 1.635 e 1.638 do Estatuto Civil que definem a suspensão e a extinção do poder familiar. Uma vez suspenso o poder familiar, o genitor, temporariamente, deixa de cumprir alguns dos deveres impostos no artigo 1.634 até que a causa impeditiva cesse. Quanto à extinção, o poder familiar fica definitivamente abalado, desligando-se os pais das atribuições legais para com o filho. Nesses casos, tanto de suspensão como de extinção do poder familiar, os genitores não exercem qualquer autoridade sobre o filho, mas isso não implica dizer que a responsabilidade pelos seus atos será afastada.

Nas situações em que o pai contribui para a suspensão ou a extinção do poder familiar, a responsabilidade perante o filho não desaparece. Se houve conduta paterna voluntária que ocasionou a interrupção da autoridade, não se pode cogitar a isenção do pai de eventual responsabilidade. Isso por dois motivos: o primeiro porque estaria o pai se beneficiando do próprio comportamento. Vejamos: se o pai perde o poder familiar por ter castigado imoderadamente o filho, nos termos do artigo 1.638, entende-se que a medida aplicada foi no sentido de proteger o menor. Ocorre que, se em razão disso, o pai fica isento de qualquer responsabilidade sobre o filho, estará sendo premiado, conferindo-lhe a escusa de cumprir o dever de indenizar.

O segundo motivo é que a vítima, nesse caso, ficaria em desamparo. Assim porque o artigo 932, I, confere a garantia ao ofendido de poder atacar o patrimônio de ambos os pais. Se um deles, por ato voluntário, interrompe o poder familiar, tem-se a diminuição dessa garantia – o patrimônio assegurado não seria de ambos os pais, mas de apenas um deles (aquele que ainda exerce a autoridade).

---

<sup>65</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. Cit., p. 424.

Também Silvio de Salvo Venosa pondera que “é certo que o cônjuge que não detém a guarda, tem na prática, os poderes do pátrio familiar enfraquecidos. O cônjuge, no entanto, nessa situação, pode recorrer ao Judiciário quando entender que o exercício direito do pátrio poder pelo guardião não está sendo conveniente” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 6 ed. São Paulo: Atlas: 2006, p. 322).

Em suma, a suspensão ou extinção do poder familiar não afasta todos os deveres do genitor em relação ao filho, isso se o primeiro deu causa ao rompimento da relação de parentalidade. Por outro lado, não subsistem os deveres parentais quando a causa da interrupção da autoridade estiver atrelada a um ato involuntário deste, a exemplo da morte do filho, da emancipação legal, da maioridade e da adoção.

Por derradeiro, há que se observar que o poder familiar não pode ser erigido como fundamento único do artigo 932, I,. Assim porque se quer evitar o risco de um retorno à análise da culpa, já afastada pelo artigo 933. O poder familiar está diretamente ligado ao cumprimento de deveres, mas não é o seu incumprimento que acarretará na responsabilidade civil. Nesse sentido alerta Aguiar Dias:

quando se cogita da responsabilidade paterna, tem-se em vista o inadimplemento real ou presumido dos deveres que ao pai corre em relação ao menor. Esses deveres são de duas ordens: a) assistência, que não é só a material, traduzindo na prestação de alimentos e satisfação de necessidades econômicas, mas também moral, compreendendo a instrução e a educação, esta no seu mais amplo sentido; b) vigilância<sup>66</sup>.

A ideia a evitar é a de que, se o genitor não observou a norma a ele dirigida, cometeu um ilícito e deverá reparar o eventual dano surgido. Logo, se a educação não foi dada ou se a vigilância não foi prestada, a culpa seria de quem deveria tê-la dado ou prestado.

A remissão à culpa não atende aos anseios do legislador atual ao inscrever, no artigo 933, que a responsabilidade dos pais é objetiva. A desobediência à norma não deve ser pressuposto para se alcançar o dever de indenizar. Isso porque, mesmo havendo a boa educação e a boa vigilância, os pais não ficarão isentos do dever de ressarcir a vítima caso o menor pratique um ilícito civil.

Sendo assim, o poder familiar explicaria o porquê da eleição dos pais (ou quem quer que exerça sua função) como responsáveis pelos atos dos filhos: se eles criam, educam e vigiam, devem também afastar ou evitar o dano produzido pelo menor que está sob seus cuidados. No entanto, para embasar a objetividade da responsabilidade civil é necessário um novo fundamento: a garantia da vítima.

---

<sup>66</sup> DIAS, José de Aguiar. Op. Cit., p. 748-749.

#### 1.2.4 A garantia da vítima

O artigo 933 aponta como responsabilidade objetiva as hipóteses do artigo 932, dentre as quais está a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores que estão sob sua autoridade e em sua companhia. Conforme já se mencionou, a superação do elemento culpa da análise da conduta dos pais seguiu a lógica da facilitar o ressarcimento da vítima. Sendo assim, aquele que sofre o dano causado por menor não mais tem o ônus de provar a má conduta do genitor (se deixou de vigiar ou educar seu filho), bastando apontar o ato ilícito praticado, o nexo entre a conduta e o dano e os efetivos prejuízos.

A objetivação da responsabilidade é fenômeno que encontra amparo nos valores erigidos pela Carta de 1988, em especial nos princípios da solidariedade (art. 3º, I) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Acerca da solidariedade, tem-se que a sua concepção vai além da benevolência ou do altruísmo, realçando verdadeiro dever jurídico em torno do coletivo. Busca-se, por tal princípio, não a “exaltação do individualismo, mas um equilíbrio entre o homem e as instituições”<sup>67</sup>.

Sua relevância pode ser constatada na Revolução Francesa, em que os valores da igualdade, liberdade e fraternidade já expressavam o desejo por uma sociedade distante das práticas egoísticas. A fraternidade nada mais é do que a solidariedade moderna, por conter a ideia de que os indivíduos devem se tratar como irmãos, cooperando mutuamente.

Maria Celina Bodin ensina que existem duas noções de solidariedade. A primeira está relacionada com a noção de comunidade de interesses. Se os interesses são qualitativamente bons, a solidariedade será virtuosa, mas se os interesses são inescrupulosos, serão considerados pela sociedade como prejudicial. A autora conclui que “ao defender os interesses de sua comunidade, nada mais se faz do que defender a si próprio (isto é, a seus próprios interesses)”<sup>68</sup>. A segunda ideia de solidariedade se relaciona com um comportamento pragmático. Isso porque cada um age determinado por seus próprios interesses, retribuindo com a mesma conduta o que lhe foi dirigida, a fim de evitar perdas pessoais.

---

<sup>67</sup> TAKOI, Sérgio Massaru. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 17, n. 66, jan/mar. 2009, p. 295.

<sup>68</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da dignidade da pessoa humana. *Op. Cit.*, p. 245.

Nota-se que, nos quadros da responsabilidade civil objetiva, a solidariedade implica em repartir a indenização dos danos entre aqueles que estiveram, por algum motivo, ligados à causa do evento. Estando a vítima em estado de vulnerabilidade, aviltada em sua integridade psicofísica, não deve suportar grandes embaraços para receber a indenização. É essa a lição de Raquel Salles:

Cumpra salientar que, se o desenvolvimento da responsabilidade jurídica, em resposta à exigência de solidariedade social, ocorreu a partir da promoção da pessoa humana, tal responsabilidade, como numa via de mão dupla, revelou-se a forma mais fácil e justa, até hoje de tutelar a dignidade<sup>69</sup>.

Ao lado do princípio da solidariedade, a Constituição Federal erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio coloca o ser humano como centro do ordenamento jurídico, de forma que suas relações existenciais ganhem mais relevância que as patrimoniais.

A solidariedade e dignidade da pessoa humana são princípios que se interpenetram. Nesse sentido, ao delimitar o conteúdo da dignidade da pessoa humana, Maria Celina Bodin de Moraes identifica a solidariedade:

O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade<sup>70</sup>.

Cada ser humano deve ser respeitado no âmbito de sua existência e, para que isso seja possível, toda a sociedade deve cooperar para o ideal desenvolvimento e efetiva promoção de sua individualidade. A integridade psicofísica da vítima abalada com o dano deve ser prontamente restabelecida para que sua dignidade seja mantida. É o reconhecimento social da sua dignidade que fará com que a tutela seja eficaz. Nesse sentido é a lição de Pietro Perlingieri:

a solidariedade exprime a cooperação e a igualdade na afirmação dos direitos fundamentais de todos, não solidariedade restrita nos confins de um grupo, nem dissolvida na subordinação de cada um ao Estado: a solidariedade constitucional não concebe um interesse superior ao pleno e livre desenvolvimento da pessoa<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. Op. Cit., p. 61.

<sup>70</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., p. 85.

<sup>71</sup> PERLINGIERI, Pietro. Op. Cit., p. 462.

Abandona-se, assim, o antigo paradigma do individualismo, propondo-se uma sociedade em que os indivíduos são “parte de um tecido social, mais ou menos coeso em que a interdependência é a regra e, portanto, a abertura em direção ao outro, uma necessidade” <sup>72</sup>. A compaixão pelos interesses lesados da vítima e a busca pela sua reparação integral sinalizam a solidariedade social.

Assim, ante o dano causado por um menor, tem-se uma vítima desamparada. A proteção conferida pelo artigo 932, I, e 933 do Código Civil não se dá tão-somente com o afastamento do elemento subjetivo da responsabilidade civil, mas também com a indenização possível de ser buscada em patrimônio de terceiro. Isso porque não é regra a solvência do menor, atribuindo-se a responsabilidade aos pais com o fim de que a vítima tenha maior garantia patrimonial na reparação de seus interesses violados. O dever de indenizar dos pais nasce, assim, da necessidade de não fragilizar ainda mais a situação do sujeito vitimado pelo dano. Ora, se o ofensor não possui bens suficientes, nem sequer capacidade para gerir seus atos, que seja a responsabilidade atribuída aos seus representantes.

Erigir como fundamento da responsabilidade dos pais a garantia da vítima apenas revela o móvel legislativo quanto à objetivação do dever de indenizar e a maior facilidade do pagamento dos danos<sup>73</sup>. Em outros dizeres, o fato de a vítima estar melhor amparada com a responsabilidade objetiva não fundamenta a imputação do dever de reparar o dano aos pais, especificamente.

Diante disso, a fundamentação do artigo 932, I, não pode se basear tão somente na garantia do ofendido, devendo ser conjugada com o exercício do poder familiar.

---

<sup>72</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da solidariedade. Op. cit, p. 241.

<sup>73</sup> Como defensores da garantia da vítima como fundamento da responsabilidade parental estão Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes ao afirmar que: “O fundamento da responsabilidade dos pais é, hoje, o de se garantir ressarcimento à vítima”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. Cit., p. 830).

### 1.2.5 O exercício da autoridade e a garantia da vítima: a conjugação de dois fundamentos

Em sede conclusiva acerca dos fundamentos da responsabilidade objetiva dos pais pelos atos dos filhos menores, pode-se afirmar que tanto o exercício do poder familiar como a garantia da vítima devem ser levados em conta.

O artigo 932, I, do Código Civil, ao apontar os pais como responsáveis pelos atos dos filhos trouxe a lume o exercício do poder familiar. Aqueles que exercem autoridade sobre um menor e, por decorrência, possuem deveres de vigilância e educação, devem responder pelos ilícitos por eles praticados.

Conforme será melhor explanado no próximo capítulo, o exercício do poder familiar nem sempre se dá pelos pais em razão da atual compreensão da família moderna. Assim, pode ocorrer que o avô crie e eduque seu neto; ou que o padrasto exerça a função paterna em relação ao menor órfão. Nessas hipóteses, possível é cogitar a extensão da responsabilidade objetiva em relação a quem efetivamente exerça o poder familiar, ou seja, aquele que age como autoridade perante o menor.

No que tange à responsabilidade dos pais independente de culpa, tem-se que seu fundamento está na garantia da vítima. Dizer que a responsabilidade não se ampara na culpa do responsável é isentar a vítima do ônus da prova no que tange ao elemento subjetivo, aumentando-lhe as chances de receber a indenização pleiteada. E não só isso. Ao atribuir a responsabilidade aos pais, a vítima fica melhor amparada em face da maior garantia patrimonial. Assim porque, via de regra, o menor de dezoito anos não possui bens que possam servir de pagamento das perdas e danos, enquanto a solvência dos pais se mostra mais provável.

Em suma, resta concluir que os artigos 932, I, e 933 do Código Civil permitem dois questionamentos: por que o legislador elegeu os pais como responsáveis pelo dever de indenizar? E por que a responsabilidade foi reputada por objetiva? Ao responder as duas questões, entende-se que a responsabilidade civil possui dois fundamentos, quais sejam, o exercício da autoridade parental e a garantia da vítima.

Uma vez feitas essas considerações acerca do fundamento do dever de indenizar atribuído aos pais, cumpre buscar maior compreensão sobre a parte final do artigo 932, I,. Nela o legislador impôs como requisitos à responsabilidade parental

o fato de o rebento estar sob a autoridade e em companhia dos pais, situações que merecem detida análise.

## 2 AUTORIDADE E COMPANHIA: PRESSUPOSTOS PARA O DEVER DE INDENIZAR DOS PAIS?

Depois de verificado que a autoridade se mostra como um dos fundamentos da responsabilidade por ato ilícito cometido por menor, resta compreender a exata compreensão dos termos “autoridade” e “companhia” apresentados como requisitos cumulativos ao dever de indenizar dos pais, conforme apregoa o artigo 932, I, do Código Civil.

Cumpra, portanto, determinar o alcance do termo autoridade, seu conceito, conteúdo e titularidade. No que tange à companhia, relevante defini-la e constatar sua proximidade com o instituto da guarda. Por fim, deve-se analisar se os requisitos autoridade e companhia são, de fato, cumulativos, como sugere o conectivo “e” da letra do artigo. É o que se passa a fazer.

### 2.1 Autoridade

#### 2.1.1 Noções

Segundo do Dicionário da Língua Portuguesa, autoridade significa “direito ou poder de se fazer obedecer; entidade judicial, militar, policial ou eclesiástica que, dentro de sua alçada, tem o direito de se fazer obedecer”<sup>74</sup>.

A noção de autoridade vem naturalmente acompanhada da ideia de respeito, reverência e temor. Dirige-se a uma autoridade não com o intuito de confrontá-la, mas de ouvi-la e acatar os seus conselhos. Assim, na religião, a primeira autoridade reconhecida é Deus (ou figura equivalente): um ser supremo que deve ser venerado e obedecido. Na sociedade civil, a autoridade está representada na figura dos representantes políticos. No âmbito familiar os pais possuem autoridade em relação aos filhos, sendo garantido, inclusive, o dever de obediência dos rebentos em relação aos genitores (art. 1.634, VII, do Código Civil).

A autoridade familiar, durante muito tempo, comportou a ideia de autoritarismo. Não poderia ser diferente uma vez que, em razão da influência religiosa, o homem era considerado o representante de Deus no lar. A ele, então, era entregue o poder para dar ordens sobre os demais membros da família. Nesse

---

<sup>74</sup> Dicionário eletrônico da Língua Portuguesa. Porto Editora.

sentido era a *pater potestas* romana que erigia o sexo masculino como o transmissor das leis eclesiásticas:

Os poderes outorgados ao *pater familias* não se justificavam, tão-somente, no fato de ser ele o homem forte, provedor e protetor do grupo, mas, antes, na sua condição de sacerdote, o herdeiro do lar, e continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda a religião reside nele<sup>75</sup>.

Ter autoridade significava, naquele contexto, ter o poder de comando, de decisão e de interferir na liberdade de cada componente do seio familiar. A esposa não tinha qualquer destaque, sendo a sua situação agravada pela dependência financeira do cônjuge varão, vez que a sua exclusão do mercado de trabalho não lhe permitia outro papel que não o de dona do lar.

No Brasil, o Código Civil de 1916 trouxe o instituto do pátrio poder, não se distanciando muito da concepção romana no *pater potestas*. A redação original do artigo 380 do antigo Código Civil assim previa: “durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família e, na falta ou impedimento seu, a mulher”. O diploma importou a noção de que à figura masculina era conferida a chefia do lar.

Somente em 1962, com a Lei 4.121, conferiu-se à mulher a condição de colaboradora do varão no exercício da autoridade paternal. No entanto, em caso de divergência, mantinha-se a decisão do marido. Referida lei alterou o artigo 380 do Código Civil, nos seguintes termos:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

**Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência.**

Mesmo com a alteração do mencionado artigo, a mulher ainda se encontrava em situação de desigualdade quando comparada ao homem. O poder maternal era limitado aos desejos do marido, tendo este a prevalência quanto ao exercício da autoridade.

---

<sup>75</sup> SILVA, Marcos Alves. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.25.

Apenas com a Constituição Federal de 1988 é que a mulher foi equiparada em direitos aos homens. Assim ficou expresso no parágrafo 5<sup>a</sup> do artigo 226: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Desde então a mulher deixou a sua condição de subalterna e passou a figurar como autoridade ao lado do marido.

Em 1990, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069), reconheceu-se a igualdade conjugal insculpida na Constituição, conferindo exercício indistinto do pátrio poder a ambos os genitores:

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

A mudança axiológica proposta pela Carta da República influenciou na leitura do direito das famílias e, por decorrência, conferiu novo tratamento ao pátrio poder. A visão solidarista nas relações familiares, a preocupação com a criança e com o adolescente e a centralização das situações jurídicas na pessoa humana ruíram com o caráter despótico que o pátrio poder carregava em suas origens.

Conforme já foi tratado, o cenário familiar passou a ser centralizado nos filhos. O pátrio poder, desse modo, passou a ser compreendido como um instrumento para atender ao melhor interesse da criança e do adolescente. Diante da concepção moderna de família democrática, os pais passaram a ocupar um papel de orientadores e educadores, com o compromisso de levarem os filhos a um caminho de consciência dos próprios atos. A autoridade, nesse novo contexto, despe-se das suas vestes autoritárias para se apresentar como uma função a ser exercida em favor dos menores, levando em conta, primordialmente, o diálogo. Nessa toada, ensina Gustavo Tepedino:

Assim, a relação entre pais e filhos apresenta-se, na atualidade, como processo dialógico, que substitui o anterior estado de subordinação no qual o filho figurava como sujeito passivo de mecanismo autoritário – estático e unilateral – de transmissão de informações. Torna-se indispensável, portanto, que a relação parental seja examinada em seu perfil dinâmico, no âmbito do processo educacional, de modo a que os filhos possam, aos poucos, libertar-se da vulnerabilidade inerente ao natural *déficit* de maturidade que lhes é característico, decrescendo-se, progressivamente, em consequência, o grau de intervenção dos pais sobre seu discernimento e sua vontade, supridos, em intensidade variada, durante a incapacidade<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. Op. Cit., p. 417.

O Código Civil de 2002, visando a uma concepção mais próxima dos princípios constitucionais, alterou a expressão “pátrio poder” para “poder familiar”. O propósito era desvincular a autoridade como sendo exclusiva do pai, conforme sugeria a palavra “pátrio”. Ao denominar o mesmo instituto como poder familiar, sugestionou-se que a sua titularidade passa a ser ocupada também pela mãe, em igualdade de condições.

Ainda assim, críticas não faltaram à expressão poder familiar. Isso porque, mesmo não havendo mais o tratamento discriminatório entre os cônjuges com a alteração da palavra “pátrio” para “familiar”, a palavra “poder” ainda remete a uma falsa ideia do instituto:

Decerto, poder familiar é mais adequado que pátrio poder, embora ainda não seja a expressão mais recomendável. Poder sugere autoritarismo, supremacia e comando, ou seja, uma concepção diferente do que o ordenamento jurídico pretende para as relações parentais. Já familiar não sugere que sua titularidade caiba apenas aos pais, mas que seja extensivo a toda a família<sup>77</sup>.

Tendo por base essa crítica, propõe-se nomear o instituto como autoridade parental, buscando afastar, de vez, a ideia de autoritarismo sugerida pela palavra poder:

Com efeito, parece-me que o conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro. "Parental" destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade. O termo "paternal" sofreria a mesma inadequação do termo tradicional<sup>78</sup>.

Atenta-se para o fato de que a concepção de autoridade deve ser moldada aos novos princípios constitucionais, notadamente os princípios da solidariedade, melhor interesse da criança e do adolescente e dignidade da pessoa humana. Do contrário, vincular-se-ia facilmente a autoridade à estrutura formada por um sujeito que manda e outro que simplesmente cumpre ordens. Deve-se ter em mente, pois, que a autoridade tem a função de cuidado e assistência para com o menor. Logo, o instituto não existe para os pais e sim para os filhos.

---

<sup>77</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.5.

<sup>78</sup> LÔBO, Paulo. Do poder familiar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

A criança e o adolescente são focos de tutela diferenciada, buscando o Estado efetivar a igualdade material, visto que são seres em formação e, portanto, carecedores de maior atenção legislativa. A preocupação com os menores inseridos no contexto familiar está em consonância com o princípio da solidariedade, na medida em que se busca a cooperação de todos os componentes da família na promoção dos interesses da criança e do adolescente. Nas palavras de Pablo Antonio Lago, “a solidariedade em relação aos filhos responde à exigência da pessoa ser cuidada até atingir a idade adulta, isto é, de ser mantida instruída e educada para sua plena formação social”<sup>79</sup>. Também aqui se faz presente a marca do princípio da dignidade humana, uma vez que os rebentos merecem uma criação que lhes garantam o exercício da liberdade, à medida que vão se tornando consciente. Nesse sentido, Rosa Martins atesta:

(...) a verdadeira justificação da autoridade paterna é a educação do filho, educação que visa o desenvolvimento físico, intelectual e moral do filho, de modo a prepará-lo para a liberdade e para a autonomia. A autoridade do pai consiste, por conseguinte, num dever de proteção dos direitos naturais do filho, a exercer temporariamente dentro de certos limites, e não num poder do pai arbitrário e absoluto<sup>80</sup>.

Guilherme Calmon também acentua a importância dada à criança e ao adolescente principalmente após a Constituição de 1988:

De relevo registrar que atualmente, independentemente do tipo de vínculo (ou mesmo da ausência de vínculo) existente entre os pais de crianças e adolescentes, a concepção predominante em temas afetos à proteção da pessoa dos filhos menores (e maiores incapazes) somente pode ser “infantocentrista” com a consideração da subjetividade das crianças e dos adolescentes, como titulares de direitos fundamentais, inclusive e principalmente no âmbito das relações jurídicas de Direito de Família<sup>81</sup>.

Tomando por base a construção de um instituto protecionista em relação aos filhos, a autoridade parental deixa de focar na figura de seus titulares originais (pai e mãe) e volta toda a atenção à criança e ao adolescente. É tão verdade que o artigo 227 da Constituição da República atual assegura direitos fundamentais do menor não só em relação aos pais, mas a toda família, ao Estado e à sociedade.

<sup>79</sup> LAGO, Pablo Antonio. O princípio da solidariedade familiar: importância e eficácia, In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre o direito civil*. 3 v. V 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 277.

<sup>80</sup> MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva. *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 80-81.

<sup>81</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 198.

### 2.1.2 Conceito e conteúdo jurídico de autoridade

Embora a autoridade parental já tenha recebido diversas denominações e conceitos, sua ideia, ao longo do tempo, foi se aproximando da proteção integral do filho menor. Pontes Miranda aventava que “o pátrio poder é o conjunto de direitos que a lei concede ao pai, ou à mãe, sobre a pessoa e bens do filho, até a maioridade, ou emancipação desse, e de deveres em relação ao filho”<sup>82</sup>. Serpa Lopes também manteve a mesma linha ao conceituar o pátrio poder:

entendemos o pátrio poder o complexo de deveres legalmente atribuídos aos pais e igualmente exercidos por estes com respeito à pessoa dos filhos, ainda menores, bem como aos seus bens, para uma regência protetiva dos seus interesses<sup>83</sup>.

Pietro Perlingieri, usando a expressão poder familiar para se referir à complexa relação entre filhos e genitores diz que “o poder familiar assume mais uma função educativa do que propriamente de gestão patrimonial, e é ofício finalizado à promoção das potencialidades criativas do filho”<sup>84</sup>. Gustavo Tepedino, na esteira da doutrina contemporânea, nomeia o instituto de autoridade parental e prediz: “há de se buscar o conceito de autoridade parental na bilateralidade do diálogo e do processo educacional, tendo como protagonistas os pais e os filhos informados pela função emancipatória da educação”<sup>85</sup>.

Alerta Kátia Regina Maciel que a locução “autoridade parental” também peca e recebe críticas, pois os pais não possuem mais a mesma autoridade e os filhos percebem essa carência. Assim, tomando por base o fato de serem os pais representantes dos filhos, a autora sugere a expressão “responsabilidade parental”<sup>86</sup>.

A atual concepção do conjunto dos deveres e direitos parentais (sejam denominados poder familiar, autoridade parental ou ainda responsabilidade parental)

<sup>82</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000. LX t. T.IX: Direito de Família: Direito Parental. Direito Protetivo, p. 144.

<sup>83</sup> SANTA MARIA, José Serpa de. *Curso de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, p. 312.

<sup>84</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Op. Cit., p. 999.

<sup>85</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 313.

<sup>86</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 81

está em estreita ligação com a metodologia civil-constitucional por dois motivos principais.

O primeiro, porque busca a incidência direta da Constituição Federal para a compreensão do instituto, bordando a autoridade parental segundo os princípios constitucionais<sup>87</sup>. Nesse sentido, deve ser observado sempre o melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227), de modo que o papel dos pais ajude na construção da autonomia do menor. Também a autoridade deve ser exercida seguindo a ótica da paternidade responsável (art. 226, §7º), primando por uma postura sempre ativa dos pais na promoção da dignidade do menor (art. 1º, III), coibindo eventuais abusos.

O segundo motivo está em propor a funcionalização do instituto. Vislumbra-se a autoridade parental não conforme sua estrutura dogmática (o que é), mas conforme a sua função (para que serve). Nesse sentido atenta Gustavo Tepedino: “as formações familiares encontram-se funcionalizadas, na ordem constitucional, à plena realização de seus integrantes”<sup>88</sup>. No que tange à relação de parentalidade, volta-se a dizer, o foco é a plena realização da criança e do adolescente, sem deixar, contudo, de se tutelar os demais membros.

Uma vez conceituada a autoridade parental, importante tentar delimitar, ainda que sucintamente, qual o seu conteúdo jurídico. Para tanto, será necessário buscar amparo nas normas constitucionais, bem como nas normas civis e naquelas prescritas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

<sup>87</sup> Sobre a normatividade da Constituição Perlingieri afirma que: “Apesar de a norma constitucional aparentemente ser utilizada como instrumento hermenêutico de um enunciado ordinário, na realidade ela se torna parte integrante da própria normativa destinada a regular a concreta relação”. (PERLIGIERI, Pietro. Op. Cit., p. 579). Também Maria Celina Bodin de Moraes: “Com efeito, sabe-se hoje que é ilusória a perspectiva que considera a operação de aplicação do direito uma atividade puramente mecânica, que se resumiria no trabalho de verificar se os fatos correspondem ou não aos modelos abstratos fixados pelo legislador. A análise do caso concreto, com frequência, enseja prismas diferentes e raramente pode ser resolvida através da simples aplicação de um artigo de lei ou da mera argumentação de lógica formal. Daí a necessidade de os operadores do direito conhecerem a lógica, oferecida pelos valores constitucionais, do sistema, pois que a norma ordinária deverá sempre ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão da validade para a sua aplicação naquele caso concreto”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 16-17). Em igual sentido, Teresa Negreiros: “A leitura do direito civil segundo o modo de ver constitucional concebe o intérprete e aplicador do Direito como protagonista da reconstrução do sistema jurídico, não mais centrado no Código, mas na Constituição”. (NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 56).

<sup>88</sup> TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. Op. Cit., p. 422.

Segundo o artigo 229 da Constituição Federal: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Encontram-se, em tal norma, três atribuições dadas às autoridades parentais: o dever de assistência, o dever de criação e o dever de educação. Seguindo as lições de Ana Carolina Brochado, a assistência está ligada ao dever de sustento, ou, em outros dizeres, ao provimento de alimentos e subsistência do menor. A criação se refere ao atendimento das necessidades biopsíquicas do rebento, tais como cuidados com a saúde, orientação intelectual, física e espiritual, apoio psicológico e fornecimento de abrigo. A educação é dever que decorre da criação e envolve não só a formação intelectual, profissional, política e cívica, mas todos os aspectos pessoais que fornecem amparo suficiente ao desenvolvimento da personalidade do menor<sup>89</sup>.

O Código Civil elenca, no artigo 1.634, os deveres decorrentes do poder familiar: dirigir a criação e a educação dos filhos; mantê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes permissão para casar; nomear tutor; representar ou assistir os filhos na vida civil; reclamá-los de quem os detenha ilegalmente; exigir que lhes prestem obediência e respeito, bem como realizem os serviços próprios de sua idade e condição. Percebe-se que todos os deveres enumerados são voltados para o interesse do menor. Até mesmo quando o legislador concede aos pais a possibilidade de exigir que os filhos prestem serviços, atenta para a ideia de que estes devem ser adequados à sua idade e condição, visando a correta educação:

Não se pode perder de vista que os deveres de limitar e corrigir encontram limites nos princípios da dignidade humana e da tutela da integridade psicofísica do filho, o que leva a concluir que não se admite exposição do menor a situação degradante, seja física ou psíquica<sup>90</sup>.

O artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente reverbera os deveres já mencionados na Constituição Federal, bem como no Código Civil ao prever que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”. A guarda, instituto que será melhor tratado em tópico específico do presente capítulo aparece como decorrência do poder familiar,

---

<sup>89</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. Cit., p. 140-154.

<sup>90</sup> Ibidem p. 157.

funcionando como instrumento de proteção ao menor. É nessa margem a lição de Kátia Regina Maciel:

A guarda como atributo do poder familiar constitui um direito e um dever. Não é só o direito de manter o filho junto de si, disciplinando-lhe as relações, mas também representa o dever de resguardar a vida do filho e exercer vigilância sobre ele. Engloba também o dever de assistência e representação<sup>91</sup>.

Da rápida análise sobre os deveres atribuídos por lei aos pais percebe-se que a autoridade parental se manifesta sempre atendendo as necessidades essenciais do filho menor, reconhecendo-o como sujeito que merece maior proteção e cuidado por se encontrar em fase de desenvolvimento pessoal.

### 2.1.3 Titularidade

#### 2.1.3.1 O afeto como vetor nas relações familiares

No Capítulo V, Seção II do Código Civil, o legislador, ao tratar do exercício do poder familiar, prevê a competência dos pais para o cumprimento dos deveres parentais. Logo, por força do artigo 1.634, são os pais os titulares do poder familiar (ou autoridade parental). Explica Fernando Campos Scaff que a titularidade da autoridade atribuída aos pais decorre da própria natureza humana:

Incumbe aos pais a criação dos filhos. Essa norma que nos animais se exterioriza, por exemplo, nos comportamentos que se dirigem a prover a alimentação, a criar situações que amenizem as rudezas do clima ou que aumentem as chances de sobrevivência dos recém-nascidos em relação aos riscos impostos pelos seus predadores naturais, sofisticava-se na espécie humana<sup>92</sup>.

A questão que não é facilmente respondida, mas que precisa ser enfrentada é: quem são os pais?

Inicialmente, cumpre esclarecer que a relação de paternidade surge a partir de uma filiação reconhecida. Sendo esse reconhecimento espontâneo e registrado em cartório, a relação de parentalidade ganha eficácia jurídica. No

<sup>91</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. Cit., p. 95.

<sup>92</sup> SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In: Silmara Juny de Abreu Chinellato; José Fernando Simão; Jorge Shiguemitsu Fujita; Maria Cristina Zucchi. (Org.). *Direito de Família no Novo Milênio*. São Paulo-SP: Atlas, 2010, p. 571-582.

entanto, não havendo a espontaneidade por parte dos pais, caberá a aplicação de presunções admitidas pelo direito, conforme lembra Paulo Lôbo<sup>93</sup>:

a) Presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, que atribui paternidade ao marido da mãe.

b) Presunção *mater semper cert est*, que atribui a maternidade à mulher que ostenta a gravidez.

c) A paternidade atribuída ao pai que manteve relações sexuais com a mãe no período da concepção.

d) A presunção *exceptio plurium concubrtium*, que afasta a presunção anterior, quando a mãe tiver relações com mais de um homem no período da concepção.

O Código Civil, em seu artigo 1.597, traz duas outras presunções tradicionais: a presunção de paternidade do marido em relação aos filhos concebidos cento e oitenta dias após o início da convivência conjugal e a presunção em relação aos filhos concebidos até trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal.

No âmbito das presunções, o critério biológico para dirimir as dúvidas oriundas da paternidade passou a não mais se sustentar frente às novas tecnologias (principalmente os exames de DNA) e diante da alteração das unidades familiares. As presunções tornaram-se insuficientes, clamando por um novo olhar sobre as relações entre pais e filhos. Assumindo essa tendência, João Baptista Villela suscita a desbiologização da paternidade, reconhecendo no afeto o verdadeiro critério para se definir a relação de parentalidade:

(...) há um nascimento fisiológico e, por assim dizer, um nascimento emocional. É neste, sobretudo, que a paternidade se define e se revela. O primeiro se resolve, em rigor, numa proposta, só depois de cuja aceitação surge verdadeiramente a paternidade<sup>94</sup>.

Em igual sentido, Guilherme Calmon atenta para a nova concepção da paternidade baseada no afeto:

Entre os rumos das transformações das relações familiares, a reestruturação da família do tipo patriarcal para uma organização democrática, igualitária, pluralista permitiu a ocorrência de importante

<sup>93</sup> LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198.

<sup>94</sup> VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*, Op. Cit., p. 50.

fenômeno, a saber, a desbiologização – a substituição do elemento carnal pelo elemento afetivo ou psicológico<sup>95</sup>.

Partindo dessa concepção, o legislador civil de 2002 assumiu, no artigo 1.593, a possibilidade de haver parentesco não só consanguíneo, como também de outra origem. Nesse último, passa-se a reconhecer a relação de parentalidade a partir da socioafetividade. Esclarece Heloisa Helena Barboza:

A doutrina e a jurisprudência atuais entendem que o parentesco “natural”, resultante da consanguinidade, é o parentesco biológico ou genético, e o “civil”, resultante de “outra origem”, é o socioafetivo, compreendendo a adoção e a filiação oriunda de técnicas de reprodução assistida heterólogas, vale dizer, naquelas em que haja participação de doador de material fecundante estranho ao casal. O parentesco civil constitui uma ficção jurídica, na medida em que é criado pela lei.<sup>96</sup>

O afeto, assim, deixa a esfera privada e passa a integrar a esfera pública, configurando-se como elemento hábil a orientar a paternidade. Nasce a partir de uma espontânea ação daquele que, não tendo oferecido material genético para a concepção de determinado sujeito, trata-o como se seu filho fosse. São as hipóteses, por exemplo, de adoção e inseminação artificial heteróloga, ambas tratadas pelo Código Civil nos artigos 1.596 e 1.597, V. Importa dizer que não é apenas o mero sentimento de afeto que configura a paternidade, e sim o exercício voluntário dos deveres parentais que envolvem os cuidados para com o rebento.

Reconhece-se, dessa forma, a paternidade amparada em critério puramente espiritual, qual seja, a vontade de ser pai. Não necessariamente aqueles que doaram os gametas formadores do embrião serão considerados genitores, mas o serão se a relação estiver assentada no afeto, na convivência, no trato. Nos dizeres de João Batista Villela: “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir”<sup>97</sup>.

A paternidade fundada no afeto, assim, se apresenta quando presentes dois requisitos: o *tractus*, e a *fama*, expressando a posse de estado de filho<sup>98</sup>. Nesse caso, tem-se que o sentimento para com o menor faz nascer uma proximidade física

<sup>95</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida, In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 528.

<sup>96</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 9, p.31-42, abr./ maio. 2009, p. 31.

<sup>97</sup> VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Op. Cit., p. 47.

<sup>98</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 651.

e espiritual voltada para a formação pessoal deste (*tractus*), bem como existe o reconhecimento social desse liame como uma verdadeira relação de parentalidade (*fama*). Atesta Marcos Alves da Silva:

Plausível parece, portanto, sustentar que a autoridade parental pode não derivar da paternidade biológica mesmo que reconhecida, mas da posse de estado do filho. A autoridade parental não é um dado, mas um construído, uma teia de relações afetivas e solidárias que principia já antes do nascimento do filho. Razão por que conceber autoridade parental a alguém, que se quer estranho ao filho, assim se comporta e se mantém, resultaria em contra-senso inaceitável<sup>99</sup>.

O forte vínculo afetivo permite que não só o menor reconheça a figura paterna, como toda a sociedade também a perceba. Logo, não se pode mais restringir as relações de parentalidade àquelas atestadas pelo sangue ou por uma sentença judicial (no caso da adoção). Endossa João Baptista Villela:

A consangüinidade tem, de fato e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança. [...] A verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen<sup>100</sup>.

Segundo Luiz Paulo Netto Lôbo, a afetividade é princípio jurídico<sup>101</sup> que tem fundamento constitucional e pode ser demonstrado em diversas situações: no reconhecimento da igualdade dos filhos, independentemente de sua origem (art. 227, §6º), na adoção como escolha baseada no afeto (art.227, §§5º e 6º), na tutela da família monoparental (art. 226, §4º), na direito à convivência familiar elevado à prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227)<sup>102</sup>. Ao que se nota, a afetividade cresce como vetor capaz de delinear as relações jurídicas, em especial no âmbito familiar.

Nessa toada, o autoridade parental será exercida pelo pai socioafetivo (seja ele o biológico ou não), aquele que invoca para si a paternidade, atuando em prol do menor. Logo, o fato de ser pai genético não necessariamente leva à autoridade parental, assim como a autoridade pode bem ser exercida por quem não

<sup>99</sup> SILVA, Marcos Alves da. Op. Cit., p. 94.

<sup>100</sup> VILLELA, João Baptista. Op.Cit.,p. 57.

<sup>101</sup> Guilherme Calmon, por sua vez, defende que a afetividade não é um princípio e sim um valor: “a afetividade deve ser alçada a valor jurídico de fundamental importância para a constituição e a manutenção das famílias modernas”. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípios Constitucionais do Direito de Família. Op. Cit., p. 127).

<sup>102</sup> LÔBO, Luiz Paulo Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. Op. Cit., p. 8.

seja o pai biológico. Nesse sentido, Guilherme Calmon exemplifica a questão ao tratar da reprodução assistida:

O doador [de gametas] será apenas genitor biológico (genético), despidendo de direitos e deveres em relação à criança, produto da concepção medicamente assistida, submetendo-se, no entanto, aos efeitos jurídicos negativos, comparativamente a um estranho, em relação à pessoa resultante do seu gameta. Desse modo, diante da sua própria vontade, no ato da doação do embrião ou do gameta, o genitor biológico estaria renunciando a qualquer direito em relação a criança a ser concebida através de técnica de reprodução assistida, também não sofrendo deveres, apenas restrições peculiares à sua condição de genitor. Do mesmo modo, o casal que se dispôs a perpetuar a família através de método de reprodução assistida, sem fornecimento de material fecundante próprio, tendo manifestado expresso consentimento, não poderá esquivar-se dos efeitos jurídicos decorrentes do vínculo parental constituído<sup>103</sup>.

Reconhecer a paternidade socioafetiva implica trazer uma releitura à autoridade parental. E isso porque os deveres parentais não estão presos à figura dos genitores biológicos, podendo ser exercidos por outros sujeitos. Em outros dizeres: é pai quem, de fato, desempenha a função de pai.

Importa esclarecer mais: o pai afetivo exerce a autoridade porque assim desejou. Já o pai biológico, por decorrência legal, tem o dever de proteção para com o menor, vale dizer, a ele são imputados os deveres parentais, cabendo-lhe o exercício obrigatório da autoridade. Quer-se dizer que o afeto permite o exercício da autoridade, mas a ausência de afeto pelo pai biológico não o desonera de suas obrigações, exceto nos casos de extinção ou suspensão involuntárias da autoridade.

### 2.1.3.2 Famílias reconstituídas e pais afins: a cisão da autoridade parental

Conforme salientado, o exercício da autoridade não se prende aos genitores biológicos, estendendo-se também aos pais socioafetivos. É possível ir além: a autoridade não está adstrita apenas aos pais (sejam biológicos ou afetivos). Existem situações em que, não obstante a autoridade já seja exercida pelos genitores, há ainda um terceiro sujeito que, espontaneamente, cumpre os deveres parentais em favor do menor. Esse terceiro pode ser um pai afim, um avô, algum parente ou mesmo outrem sem qualquer parentesco com o menor.

---

<sup>103</sup> LÔBO, Luiz Paulo Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Op. Cit., p. 534-535.

O exercício de autoridade por terceiro ocorre frequentemente nas famílias reconstituídas, em que há multiplicidade de sujeitos exercendo a mesma função. Duplicam-se os pais, as mães, acrescentam-se mais avós, primos e tios, “aumentando a dificuldade de entendimento das novas relações, que se tornam maiores quando inexistem nomes de batismo para eles” <sup>104</sup>. A família reconstituída, nas palavras de Waldyr Grisard Filho, é “a família na qual ao menos uma das crianças de uma união anterior de um dos cônjuges vive sob o mesmo teto” <sup>105</sup>. Dela surgem as figuras dos padrastos e madrastas (ou pais afins) que, muito embora, não possuam a pretensão de figurarem como pais, acabam exercendo, não raro, a função dos mesmos <sup>106</sup>.

Na verdade, duas podem ser as situações envolvendo os pais afins: na primeira, um dos genitores queda-se inerte quanto aos deveres parentais e, então, o pai afim exerce a função em substituição ao primeiro. Na segunda, ambos os genitores exercem sua autoridade, de sorte que o pai afim age em complementaridade:

Quando os pais biológicos são ativos na criação e educação de seus filhos, as funções dos pais afins é de complementariedade, exigindo conciliação entre eles, cujo conteúdo não se define em termos absolutos. Não será possível estabelecer de forma clara e precisa quais as atividades concretas que têm direito a realizar, mas é certo que estarão ligadas à vida cotidiana e ao funcionamento doméstico <sup>107</sup>.

No caso em que o genitor é omissos em não exercer a autoridade que lhe é dada por lei, não se pode cogitar em isentá-lo de qualquer responsabilidade ainda que outrem exerça sua função. Se o pai afim exerce a autoridade no lugar do genitor negligente, não é para livrá-lo de seus deveres, mas para beneficiar o menor. Há que se lembrar que a autoridade parental é irrenunciável e só se extingue nos casos apresentados em lei. Significa que a autoridade do titular original persiste, bem como a responsabilidade que dela decorre, mesmo quando não ocorra o exercício efetivo da função.

<sup>104</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 661.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 658.

<sup>106</sup> Criticável, portanto, o artigo 1.636 do atual Código Civil que assim prevê: “O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”. A parte final do artigo, certamente, não acompanha a atual dinâmica das famílias em que a autoridade do pai afim ocorre de forma espontânea, inclusive com permissão dos genitores.

<sup>107</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Op. Cit.*, p. 670.

Conforme dito no capítulo anterior, o poder familiar é cindível e pode ser exercido por mais de um sujeito. Os pais afins, por conviverem com os filhos de seu cônjuge, naturalmente assumem a postura de autoridade, praticando atos em prol do menor. Isso se dá, primordialmente, quando os enteados são menores de tenra idade e carecem de maiores admoestações. Corrobora Ana Carolina Brochado:

É inevitável a participação do genitor afim nas tarefas inerentes ao poder parental, pois ele convive diariamente com o filho; participa dos conflitos familiares, dos momentos de alegria e de comemoração. Também simboliza a autoridade que, geralmente, é compartilhada com o genitor biológico. Por ser integrante da família, sua opinião é relevante, pois a família é funcionalizada à promoção da dignidade de seus membros<sup>108</sup>.

Noticiam Jussara Ferreira e Konstanze Röhrmann que, no direito alemão, confere-se aos pais afins o pequeno pátrio poder que se caracteriza pelo “exercício de um poder compartilhado”<sup>109</sup>. Ocorre quando o genitor que tem a guarda do menor é o único com a autoridade, podendo dividi-la com seu novo cônjuge. O pai afim, dessa forma, recebe alguns dos deveres decorrentes da autoridade, não a exercendo por completo:

Segundo o § 1687 b do BGB, o cônjuge da parte parental que detém sozinha o direito de guarda, que não for genitor do filho, tem, em concordância com a parte parental detentora da guarda, a competência de co-decisão nas questões da vida diária do filho. [...] Somente se considera este direito de co-decisão, não de decisão única, de um dos padrastos, quando este for casado com a parte parental que detém sozinha o direito de guarda<sup>110</sup>.

O chamado “pequeno pátrio poder” é limitado e diz respeito apenas à possibilidade de o pai afim tomar as decisões em conjunto com seu cônjuge acerca do filho deste, bem como de exercer atos jurídicos necessários ao bem estar do enteado no caso de perigo de mora<sup>111</sup>. Embora não se tenha nenhum instituto

<sup>108</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. Cit., 134.

<sup>109</sup> FERREIRA, Jussara Suzi Borges Nasser e RORHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos, In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e Dignidade Humana*. São Paulo: IOB Thompson, 2006, p.522.

<sup>110</sup> SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 413.

<sup>111</sup> Section 1687b - Parental custody powers of the spouse

(1)The spouse of a parent with sole parental custody who is not a parent of the child has the power, in agreement with the parent with parental custody, to make joint decisions in matters of the everyday life of the child. Section 1629 (2) sentence 1 applies with the necessary modifications.

(2)In the case of imminent danger, each spouse is entitled to undertake all legal act that are necessary for the best interests of the child; the parent with parental custody is to be informed without undue delay.

(3)The family court may restrict or exclude the powers under subsection (1) if this is necessary for the best interests of the child.

brasileiro que se aproxime do pequeno pátrio poder, fica chancelada, pelos princípios constitucionais e pela nova dinâmica das famílias, a possibilidade de uma autoridade parental compartilhada com os padrastos e madrastas, visando sempre o melhor interesse dos menores.

### 2.1.3.3 Os avós como autoridades constituídas sobre os netos

Seguindo a mesma linha de raciocínio, pode-se pensar também nas relações entre avós e netos e o estreito vínculo formado entre eles. A presença dos progenitores na educação dos netos muitas vezes se mostra incisiva, de sorte que o menor passa a reconhecê-los como verdadeiras autoridades. Não raras são as situações em que avós e netos coabitam no mesmo lar ou, ainda, netos que moram com os avós, por permissão dos pais. Os progenitores, naturalmente, evocam as atribuições parentais e auxiliam os pais no cumprimento dos seus deveres.

Para dar melhor realce ao tema, imagine-se o seguinte cenário: Abel é fruto único do relacionamento entre Adão e Eva, ambos casados. Ocorre que Pôncio, avô paterno de Abel e viúvo há dez anos, reside na casa ao lado do domicílio do neto e de seus pais. A proximidade física faz com que avô e neto se encontrem diariamente e estreitem os laços de afetividade. Assim, o progenitor é quem passa a auxiliar Abel com as tarefas da escola, leva-o para os cursos extracurriculares, participa da reunião de pais e o orienta na vida espiritual. Os pais, pouco ativos na formação do filho em razão das respectivas profissões, permitem a interferência avoenga, conferindo-lhe autoridade para conduzir a vida pessoal do neto. Em razão do efetivo papel ocupado pelo avô, todos os vizinhos, os diretores das escolas, o representante da Igreja e os amigos do clube reconhecem a influência e a autoridade que aquele representa na vida do neto. Dessa forma, muitos se dirigem diretamente a Pôncio para tratar dos assuntos referentes a Abel, antes mesmo de procurarem os pais.

O caso narrado, embora fictício, não está distante da realidade das famílias brasileiras. O compartilhamento da autoridade parental com os avós sinaliza a dinâmica das relações familiares em que os filhos passam a maior parte do tempo

---

(4)The powers under subsection (1) do not exist if the spouses live apart for a not merely temporary period. (Disponível em: [http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html))

com terceiros, mantendo contato com os pais apenas no período noturno ou nos finais de semana. Em razão da forte presença dos progenitores na vida dos menores, já existe a possibilidade daqueles pleitearem o direito de visita, conforme prescreve o artigo 1.589, parágrafo único do Código Civil<sup>112</sup>. A norma é embasada na convivência familiar prevista no artigo 227 da Carta Constitucional. Endossa Alice Birchal:

É direito da personalidade dos avós a sua descendência, da mesma forma que dos parentes em primeiro grau – pais –, portanto este direito é exercido através da convivência. Daí decorre o direito de visitação entre os parentes, notadamente entre ascendentes e descendentes – avós e netos; bisavós e bisnetos; trisavós e trisnetos etc. – sem distinção de grau<sup>113</sup>.

Sendo realizado o exercício do poder familiar por terceiros (sejam os pais afins, sejam os avós), possível é sustentar a responsabilidade civil objetiva destes em relação ao menor causador do dano. Isso porque não é a paternidade, por si só, que gera o dever de indenizar pelos atos dos filhos, mas o exercício da autoridade em relação a estes. Se terceiro age na função de pai, cumprindo espontaneamente os deveres da relação de parentalidade, certo lhe seja imputada a responsabilidade sobre eventuais ilícitos cometidos pelo menor.

Nesse sentido julgou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.074.937 – MA ao sustentar que “em relação à avó, com quem o menor residia na época dos fatos, subsiste a obrigação de vigilância, caracterizada a delegação de guarda, ainda que de forma temporária”. No caso descrito no mencionado Recurso Especial, o adolescente passou a residir com a avó após a separação dos pais e, tendo pegado as chaves do carro de propriedade daquela, causou um acidente que resultou em atropelamento e morte da vítima. Foi imputada a responsabilidade objetiva à avó, por força dos artigos 932, I, e 933 do Estatuto Civil, sem afastar a responsabilidade objetiva e solidária dos pais. Percebe-se que, no caso em questão, foi reconhecido o exercício da autoridade parental pela avó que recebeu a guarda temporária do neto. Acertadamente, o tribunal superior imputou-lhe responsabilidade, sem, no entanto, afastar a dos pais. O desacerto da decisão, no

<sup>112</sup> Art. 1.589. 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.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

<sup>113</sup> BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 51.

entanto, esteve em considerar como fundamento da responsabilidade civil da avó não o exercício da autoridade parental, mas a delegação temporária da guarda. O instituto da guarda pressupõe a autoridade e dela decorre, mas não deve ser elemento suficiente para caracterizar a responsabilidade civil objetiva. Isso porque, conforme será melhor tratado adiante, é possível ter autoridade e não ter a guarda e, ainda assim, subsistirá a responsabilidade objetiva mencionada no artigo 932, I,.

Embora tenham sido dados os exemplos dos pais afins e dos avós, é possível cogitar o exercício de autoridade por outras figuras, tendo elas relação de parentesco ou não com o menor. Configurar-se-á a autoridade o exercício espontâneo dos deveres parentais, denotando indiscutível relação de cuidado em prol do menor. Os efeitos jurídicos, dessa sorte, serão na mesma linha já exposta: responsabilidade objetiva da autoridade pelos ilícitos cometidos pelo menor.

#### 2.1.3.4 Os atos de cuidado *versus* autoridade

Não se pode confundir o exercício de autoridade com meros atos de cuidado direcionados ao menor. Assim porque a autoridade remete aos deveres de cuidado, mas o contrário não se mostra uma lógica necessária. Não exerce autoridade sobre a criança ou o adolescente aquele que não age em cumprimento aos deveres parentais. Desse modo, os pais que viajam e deixam os filhos ao cuidado de um parente ou amigo próximo não estão compartilhando o poder familiar, mas tão somente delegando os cuidados básicos, como a alimentação e a proteção. Comparando, essas pessoas seriam espécies de mandatários, agindo no âmbito daquilo que lhes fora estabelecido, sem maiores liberdades na condução e orientação do menor. Nessa senda é a lição de Aguiar Dias:

Não queremos dizer que o simples fato de entrega a parentes induza a responsabilidade destes, mas, precisamente como ensina Pontes de Miranda, entendemos que a responsabilidade do parente se presumirá, ou não, conforme haja, ou não, delegação permanente da vigilância. (...) é incontestável a responsabilidade de todos a quem incumba, de forma concreta, a vigilância do menor: pai, mãe, no exercício do poder familiar (dada a morte, a incapacidade, ausência prolongada, interdição ou condenação do marido); o padrasto, quando seja tutor ou tenha influído para o dano; a bínuba que retém consigo os filhos, quando o padrasto não é tutor; a pessoa a quem é juridicamente entregue o menor, a qualquer título; enfim, todo aquele que, de forma permanente e a título de encarregado do

menor, faça as vezes de pai, na dupla função de agente do poder familiar e de obrigado à vigilância<sup>114</sup>.

Aquele que contribui com os pais, realizando os atos de cuidado, não age com autoridade sobre o menor, nem este o reconhece como tal. A relação firmada é de amizade, companheirismo, sem a pretensão de conduzir as escolhas do menor. O papel a ser desempenhado é outro: não se quer atribuições de deveres legais, não há preocupação com a educação eficaz do menor, nem é a intenção primordial a correção. O cuidador é apenas quem se apresenta ao menor quando a autoridade o permite; é o eleito para não deixar o menor ao desamparo durante a ausência momentânea dos responsáveis. O caráter atribuído às funções do cuidador é de temporalidade, durando apenas os instantes definidos pelo responsável.

Mesmo nesses casos de delegação de cuidados não se deve descartar a responsabilidade daquele que ficou encarregado de cuidar temporariamente do menor, caso este cometa um ilícito civil. Todavia, a vítima terá que demonstrar que houve culpa *in vigilando* do cuidador. Assim se justifica por não se tratar de responsabilidade civil objetiva decorrente de exercício de autoridade. A responsabilidade civil, nessa hipótese, encontrará respaldo no sistema da culpa cuja previsão se encontra tanto no artigo 186 quanto no *caput* do artigo 927.

Disso se resume que, havendo autoridade, independente de quem a exerça, caberá a responsabilidade civil objetiva decorrente do artigo 932, I. A prova do exercício de autoridade deverá ser realizada pela vítima e, não sendo possível, poderá se valer do sistema de responsabilidade civil subjetiva, sem deixar de apontar a conduta culposa do encarregado pela vigilância do menor.

#### 2.1.4 Autoridade e dever de indenizar

Sendo a autoridade um fundamento para a obrigação de indenizar os danos causados pelos filhos menores, resta questionar quando não será imputada a responsabilidade aos genitores. No presente tópico serão abordadas algumas hipóteses e seus possíveis efeitos jurídicos no âmbito da responsabilidade civil.

##### a) Quando a filiação não é reconhecida

---

<sup>114</sup> DIAS, José de Aguiar. Op. Cit., p. 747-749.

Sabe-se que o reconhecimento (voluntário ou não) da filiação traz como efeito jurídico os deveres parentais. Antes do ato de reconhecimento não se pode dizer que exista, para efeitos jurídicos, uma parentalidade da qual emana responsabilidades. Sem a paternidade reconhecida, inexistente autoridade e, sem autoridade, não se pode falar em responsabilidade pelos atos do menor.

Melhor dizendo, se o sujeito a quem foi imputada a responsabilidade não é pai, por não haver ato voluntário ou jurídico que lhe confira tal *status*, nem desempenha autoridade sobre o menor, inexistirá o nexo de imputação do artigo 932, I,. Significa dizer que, sem o fundamento da autoridade – já que não há exercício da mesma, nem filiação reconhecida – a responsabilidade não pode ser imputada ao sujeito que não é pai, nem age como tal.

Atente-se para o fato de que não se está atrelando a filiação à autoridade. Antes, reconhece-se que ambos são institutos autônomos. É possível haver o reconhecimento da filiação sem a autoridade, a exemplo dos casos em que se opera a extinção ou suspensão do poder familiar. Como também há a possibilidade de a autoridade se manifestar sem a existência de um vínculo paterno-filial; é o caso dos parentes ou de terceiros que cumprem, voluntariamente, os deveres do poder familiar em favor do menor.

De tudo, pode-se afirmar que, com o reconhecimento da filiação, automaticamente os deveres decorrentes da autoridade são imputados aos pais, inclusive o dever de reparar os danos causados pelo filho menor. O exercício da autoridade é atribuído, originariamente (não exclusivamente), aos genitores, devendo ser mantido até a maioridade do filho. Logo, se existe filiação reconhecida, há autoridade. Todavia, pode também a autoridade ser exercida sem a filiação configurada e, nessa hipótese, como já ficou assentado, também será imputada a responsabilidade ao sujeito que exerce espontaneamente os deveres parentais.

Pode-se concluir que, não respondem pelos atos do menor aqueles que não tiveram a relação de parentalidade reconhecida voluntária ou judicialmente, nem exercem a autoridade sobre o menor. É o caso do sujeito que não é comunicado da gravidez de sua parceira sexual e, portanto, não sabe que é pai. Enquanto não houver a declaração da paternidade, os efeitos da filiação biológica ficarão sem qualquer eficácia jurídica.

## b) O pai incapaz

Também não há que se responsabilizar aquele que, embora seja o pai juridicamente reconhecido, não tenha capacidade para os atos da vida civil. Assim, imagine-se um jovem de 16 anos que se torna pai; seu filho estará sob a autoridade dos avós, visto que o genitor menor, por força do artigo 4º, I, do Código Civil, não possui capacidade de assumir deveres no âmbito civil. O representante do menor, desse modo, responderá pelos atos deste e de seu neto.

Outrossim pode ocorrer a incapacidade superveniente do genitor e, nessa hipótese, o exercício da autoridade restará prejudicada. Nesse caso, ou o rebento é entregue a um tutor e este passa a responder pelos seus atos, ou fica o menor sob a autoridade exclusiva do outro genitor, sendo este vivo e capaz.

## c) O menor com patrimônio

Outra situação em que não respondem os pais está prevista no artigo 928 do Código Civil. Referida norma traz duas hipóteses em que a responsabilidade civil é imputada ao próprio incapaz: i) quando os responsáveis legais não tiverem a obrigação de indenizar; ii) quando os responsáveis legais não possuem patrimônio suficiente para compensar a vítima.

A primeira situação de isenção da responsabilidade desperta curiosidade: ora, em qual situação o responsável não tem a obrigação de indenizar? Estaria o legislador querendo mencionar as hipóteses de incapacidade ou de filiação não reconhecida? Mas se o responsável é incapaz ou não existe vínculo jurídico reconhecido, então responsável não é. A norma é obscura e merece ser tema de profundo estudo<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> Sobre essa questão, José Fernando Simão apresenta o caso do pródigo que, não obstante tenha um representante para a realização dos atos patrimoniais, possui discernimento suficiente para reconhecer um ato ilícito. O representante do pródigo funciona tão-só como gestor patrimonial e não como vigilante dos atos pessoais. Diante disso, o representante do pródigo não tem obrigação de responder por sua conduta culposa, aplicando a responsabilidade subsidiária do artigo 928 (SIMÃO, José Fernando. Op. Cit., p. 160-161). Buscando a compreensão do artigo, Célia Barbosa Abreu apresenta as hipóteses em que o representante não tem a obrigação de indenizar: “dentre essas situações, diz-se estar: a do dano causado pelo pródigo; a do filho menor que não está sob autoridade e na companhia dos pais; a da emancipação do menor; as hipóteses de força maior e caso fortuito, que romperiam com a responsabilidade objetiva do art.933. Menciona-se, ainda, a situação disposta no art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual se tem a responsabilidade direta e solidária do adolescente pelos danos decorrentes de prática de ato

Na segunda hipótese, o legislador atribuiu a responsabilidade subsidiária ao incapaz, pretendendo conferir o ressarcimento à vítima. Isso porque se os genitores não possuem patrimônio suficiente para liquidar a dívida oriunda da indenização, o menor poderá responder com o próprio patrimônio. O intento é não deixar a vítima desamparada e sem a reparação do dano sofrido. Contudo, deve-se atentar para que o pagamento da indenização não afete a subsistência do incapaz, nem de seus dependentes, conforme prescreve o parágrafo único do artigo 928: “a indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

#### d) A perda do poder familiar nos casos de adoção

Nos casos de adoção, os pais realizam a renúncia ao poder familiar, transmitindo a autoridade a terceiro. Após todo o procedimento de adoção o menor passará à autoridade dos pais adotivos, de maneira a afastar completamente a responsabilidade dos pais biológicos. No entanto, até que se dê a sentença judicial que criará o vínculo de adoção<sup>116</sup>, de quem será a responsabilidade pelos ilícitos causados pelo menor? A fim de responder a questão, importante analisar a lição de Kátia Regina Maciel:

No caso de os genitores demonstrarem o desejo de entregar o filho em adoção, o dirigente do acolhimento, no bom exercício da guarda, deverá [...] determinar seja efetuado o estudo social com a família, verificando a possibilidade de outro presente assistir o menor abrigado, de modo a serem esgotados todos os recursos de manutenção do infante na família de origem, conforme preceitua o artigo 19 c/c art. 92, I e II do ECA<sup>117</sup>.

Sendo, então, possível encontrar uma família substituta que acolha o menor, a ela será entregue a responsabilidade sobre o infante. Não há constituição legal da autoridade em razão da inexistência de sentença que defere a adoção, mas os deveres do poder familiar serão exercidos, em sua maioria, pela família substituta. Nesse sentido pode-se citar a revogada Lei de Menores (Lei 6.697/1979) que não teve o seu artigo 2º, parágrafo único, reproduzido no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas condiz com o raciocínio exposto:

---

infracional”. (ABREU, Celia Barbosa. Aspectos constitucionais da responsabilidade civil do incapaz. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n.11, p.257-277, jan./jun. 2012, p. 263).

<sup>116</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

<sup>117</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. Cit., p. 166.

Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

Há também a possibilidade de o menor ser entregue a um estabelecimento institucional quando frustradas todas as tentativas de colocá-lo em família substituta. Nessa hipótese, o Estado traz para si os deveres decorrentes do poder familiar, no sentido de conferir aos menores condições de pleno desenvolvimento pessoal. Segundo o artigo 92, §1º do ECA, os dirigentes dos estabelecimentos institucionais exercem a função de guardiões: “O dirigente de entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito”.

Tanto no caso da família substituta quanto no caso dos estabelecimentos institucionais, tem-se o transpasse da guarda do menor. O exercício da guarda é, em certa medida, o exercício da autoridade, visto que se ocupa da proteção e subsistência do menor. Melhor dizendo, quem tem a guarda também tem a autoridade, visto que esta decorre daquela.

Quanto aos pais biológicos que entregaram o filho para a adoção, só estarão destituídos do poder parental mediante sentença judicial<sup>118</sup>. Antes da decisão judicial os pais continuam exercendo deveres para com os filhos, conforme entende Maria Berenice Dias:

Tampouco a colocação da criança ou do adolescente em família substituta ou sob tutela afasta o encargo alimentar dos genitores. [...] não está revogado o ar. 45, parágrafo único, do Código de Menores (L 6.697/1979), que diz que a perda ou a suspensão do pátrio poder não exonera os pais do dever de sustentar os filhos. Mesmo que não esteja reproduzido no ECA, eles não conflitam, guardando consonância com o princípio da proteção integral<sup>119</sup>.

Consoante já se discutiu no capítulo anterior, se a extinção ou suspensão do poder familiar decorrem de um ato voluntário do genitor, este não poderá ser premiado com a isenção de responsabilidade sobre os atos do filho. Na mesma linha, a entrega do infante para a adoção é um ato voluntário que não afastará dos

---

<sup>118</sup> Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 163: O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias. Parágrafo único. A sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente.

<sup>119</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 386.

pais os deveres parentais, dentre os quais está o de indenizar o ilícito causado pelo menor enquanto não constituído o novo vínculo de filiação.

Seguindo o raciocínio exposto, ao longo do processo de adoção, tanto os pais biológicos quanto o terceiro que receber a guarda do menor exercerão autoridade sobre ele. Os primeiros em razão da necessidade da sentença que desconstitua o poder familiar, o segundo por exercer a guarda, dever que decorre da autoridade. A responsabilidade dos envolvidos será solidária, por força do artigo 942, parágrafo único do Código Civil<sup>120</sup>.

e) O menor abandonado e o menor ilicitamente retirado da companhia dos pais

Outras duas situações que merecem análise dizem respeito ao menor abandonado e ao menor retirado ilicitamente da companhia do pai. No primeiro caso, não se tem a figura da adoção – os pais não renunciaram o poder familiar – e, por isso, ainda possuem autoridade sobre o menor. O fato de a autoridade não ser efetivamente exercida não significa que haverá afastamento da responsabilidade paterna. Logo, havendo ilícito praticado pelo infante, respondem os pais. Não havendo pais, o problema do menor abandonado ganha contornos políticos de segurança, podendo-se atrelar a questão à omissão do Estado, atribuindo-lhe a responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, §6º da Carta Republicana atual<sup>121</sup>.

Há também que se fazer referência aos casos dos menores que são retirados ilicitamente da companhia dos pais, a exemplo de um sequestro ou de um terceiro que, sem o consentimento dos genitores, leva o rebento para uma viagem ou para um passeio. É notório, nessas hipóteses, que não houve afastamento da autoridade, mas interferência de terceiro na relação de parentalidade, sem a anuência do genitor. Sendo assim, persiste a responsabilidade parental, sem afastar a possibilidade da responsabilidade subjetiva em face daquele que, ilicitamente, retirou o filho dos cuidados parentais.

<sup>120</sup> 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.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

<sup>121</sup> Art. 37, § 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.

Cogitar, na última hipótese, em rompimento denexo causal para isentar os pais da responsabilidade não é a melhor técnica. Assim porque o nexo causal é elemento que une a conduta ofensiva ao dano; em outras palavras, o elemento de imputação de responsabilidade dos pais não é a relação conduta-dano e sim a autoridade. Dito que a autoridade só pode ser afastada por sentença, persiste a responsabilidade paterna mesmo em caso de terceiro que usurpe a companhia do menor. A autoridade não se apresenta como nexo causal e sim como fundamento ao nexode imputação para a responsabilidade paterna. O bom ou mal cumprimento desta autoridade, como já discutido, não importa ao legislador que, pelo artigo 933, objetivou a responsabilidade dos pais.

## 2.2 Companhia

### 2.2.1 Noções

Inicialmente, cumpre esclarecer que companhia não se confunde com guarda<sup>122</sup>. A guarda sempre pressupõe autoridade, enquanto a companhia pode existir independente de autoridade sobre o menor. Não obstante haver diferença entre um instituto e outro, João Andrades Carvalho atenta para o fato da comum confusão que se faz entre guarda e companhia, principalmente em razão do artigo 1.634. II do Código Civil<sup>123</sup>:

Do modo como se encontra redigido, o dispositivo legal induz à ideia de que “companhia e guarda” são palavras de significado idêntico, quando assim não é. A matriz do equívoco reside no emprego do conectivo “em” apenas uma vez, diante do substantivo “companhia”, permitindo assim a sua elipse diante do substantivo “guarda”<sup>124</sup>.

De fato, quando o legislador diz que é dever dos pais manter os filhos em sua companhia e guarda permite uma confusão gramatical, visto que não se tem

<sup>122</sup> Pontes de Miranda, na contramão, parece tratar os dois institutos como similares: “Para que ambos os pais sejam responsáveis pelos atos dos filhos é preciso que o filho esteja sob o poder e em *companhia* deles. O elemento de ligação é a *guarda*: se a guarda é indevida, ou quem devia guardar o menor não no guarda, ligado fica quem o devia guardar e não o guardou, ou confiou, ou aquiesceu na guarda por outrem. É possível que o guardados efetivo também fique responsável (MIRANDA, Pontes de. Op. Cit., p. 181).

<sup>123</sup> Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

(...)

II - tê-los em sua companhia e guarda;

<sup>124</sup> CARVALHO, João Andrades. Op. Cit., p. 141.

alguém “em guarda”, mas “sob a guarda”. Certo seria que a redação fosse “tê-los em sua companhia e sob sua guarda”, sugerindo, através do uso correto da preposição, que companhia e guarda são institutos que se diferenciam.

Curiosamente, o artigo 932, I, do Código Civil prevê que respondem os pais pelos atos dos filhos menores que estiverem sob a sua autoridade e em sua companhia. Percebe-se que o legislador não utilizou a guarda como pressuposto para a responsabilidade paterna, tendo citado apenas a companhia ao lado da autoridade. Daí decorrem duas possíveis conclusões. Primeira: se guarda e companhia são termos idênticos e dizem respeito ao mesmo instituto, então ao mencionar a companhia, no artigo 932, I, o legislador estava se referindo também à guarda. Segunda: companhia e guarda são institutos diferentes e a guarda não é requisito para configurar a responsabilidade dos pais pelos ilícitos praticados pelos filhos menores.

Não obstante a confusão gerada pelo legislador, defende-se que companhia e guarda são termos inconfundíveis, afastando a primeira possível conclusão. Para João Andrades Carvalho, “estar em companhia de alguém significa ter alguém junto a si”<sup>125</sup>. Aguiar Dias complementa: “viver na companhia do pai quer dizer: que se abrigue no mesmo teto, que permaneça na casa paterna, possibilitando a vigilância do pai, o que se supõe naturalmente, a capacidade do pai de exercê-la”<sup>126</sup>. Corroborar Kátia Regina Maciel: “a companhia diz respeito ao direito de estar junto, convivendo com o filho, mesmo sem estar exercendo a guarda”<sup>127</sup>.

Conforme se observa da doutrina colacionada, companhia é um termo que se refere ao contato físico entre pai e filho. Tem a companhia o pai que mantém o filho por perto, exercendo o dever de cuidado constante sobre o menor. A companhia pode ocorrer independentemente da guarda, a exemplo do pai que, não sendo guardião do filho (guarda unilateral mantida com a mãe), exerce o seu direito/dever de visita.

À margem da relação de parentalidade, a companhia pode ser exercida por terceiros: a babá que passa o dia com a criança, o tio que leva o sobrinho menor para um passeio, o amigo que recebe o filho dos vizinhos durante o final de semana,

---

<sup>125</sup> CARVALHO, João Andrades. Op. Cit., p. 141.

<sup>126</sup> DIAS, Aguiar. Op. Cit., p. 748.

<sup>127</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. Cit., p. 95.

etc. Percebe-se que, nesses casos, embora haja companhia, não se pode afirmar a existência da guarda e, tampouco, da autoridade. A companhia, assim, não depende de tais institutos, se apresentando como uma situação fática de convivência.

A companhia que decorre do poder familiar atrai os deveres do artigo 1.634 do Código Civil, bem como do artigo 22 do ECA e do artigo 229 da Constituição Federal. Se, todavia, a companhia não estiver atrelada a uma relação de autoridade, não haverá incidência de deveres específicos. Não significa, porém, que aquele que possui a companhia (mas não a autoridade) poderá se eximir de cuidados para com o menor. Conforme já ficou discutido, a Constituição Federal imprime proteção absoluta à criança e ao adolescente, cabendo à coletividade garantir a efetiva tutela dos seus direitos, tudo conforme o artigo 227. Pode-se concluir que o exercício da companhia, sem ato de autoridade, não atrai deveres específicos, como aqueles elencados no artigo 1.634 do Estatuto Civil, mas não afasta os deveres constitucionais de proteção e cuidado em relação ao menor.

### 2.2.2 A guarda e os efeitos jurídicos na responsabilidade pelos atos dos filhos menores

Embora a guarda não se confunda com a companhia, importante compreender a primeira no âmbito da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores. Assim porque a guarda surge como uma das formas de exercício do poder familiar, nos termos do artigo 1.634, II.

Na lição de Kátia Regina Maciel, guarda é o

atributo do poder familiar [que] constitui um direito e um dever. Não é só o direito de manter o filho junto de si, disciplinando-lhe as relações, mas também representa o dever de resguardar a vida do filho e exercer vigilância sobre ele. Engloba também o dever de assistência e representação<sup>128</sup>.

João Andrades Carvalho apresenta a guarda como o “dever de proteção, cometido aos pais, tutores e responsáveis, sobre a criança e o adolescente”<sup>129</sup>. No mesmo sentido, Guilherme Gonçalves Strenger: “a guarda seria o ‘poder-dever’, submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito,

<sup>128</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. Cit., p. 81.

<sup>129</sup> CARVALHO, João Andrades. Op. Cit., p. 146.

prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar, nessa condição”<sup>130</sup>.

Inicialmente, a guarda era compreendida como “posse” do menor. Sua titularidade era decidida com base no comportamento dos pais: se estes se divorciaram, o cônjuge culpado não recebia a guarda do filho, deixando-a com o cônjuge inocente<sup>131</sup>. Vale citar a doutrina de Gustavo Tepedino:

Tradicionalmente, a guarda era tratada como um direito subjetivo a ser atribuído a um dos genitores na separação, em contrapartida ao direito de visita deferido a quem não fosse outorgado esta posição de vantagem, que teria o dever de a ela submeter-se. Dessa forma, acabava-se por desvirtuar o instituto da guarda, retirando-lhe a função primordial de salvaguardar o melhor interesse da criança e do adolescente<sup>132</sup>.

A assimilação de posse e guarda é feita pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prever, no artigo 33, §1º que a guarda destina-se a regularizar a *posse de fato*. Sob essa perspectiva, tem a guarda quem tem a posse do filho. Ao aproximar a guarda ao instituto da posse, acaba-se por promover a “coisificação” do menor, tratando-o como objeto a ser guardado, ferindo frontalmente a sua dignidade.

Tendo a guarda como foco a criança e o adolescente, bem como a tutela da sua dignidade, equivocado seria atribuir uma função à guarda que não outra de proteção, cuidado e assistência. Esse entendimento está mais próximo da leitura constitucional, na medida em que se promove a dignidade do menor. Nessa linha é a orientação de Guilherme Calmon:

Deve-se repensar o instituto da guarda sob uma perspectiva de inclusão da criança ou do adolescente no processo de definição dos contornos em que ela deva ser praticada, não sendo possível que, além do próprio rompimento da convivência entre os pais, os efeitos de tal dissolução do

<sup>130</sup> STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 22.

<sup>131</sup> Leciona Katia Regina Maciel: “Nos primórdios da legislação civil brasileira, havia critérios objetivos para orientação da Justiça acerca de qual dos pais deveria permanecer com a guarda dos filhos, critérios esses que não satisfaziam os interesses dos filhos como, por exemplo, a entrega do filho menor de idade ao cônjuge inocente pela separação (Decreto-lei nº 181/1890). No Código Civil de 1916, se ambos fossem culpados, a decisão dependeria da idade e do sexo da criança. No Estatuto da Mulher Casada de 1962, se ambos os genitores fossem culpados, abrir-se-ia à mulher a possibilidade, mesmo culpada, de ficar com os filhos. Com a Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio), manteve-se o critério da ausência de culpa para se indicar o guardião do filho menor, mas previa-se a possibilidade de o juiz regular de maneira diferente (art. 13), havendo motivos graves”. (MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. Cit., p. 98).

<sup>132</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 177-178.

casamento ou do companheirismo sejam fator de rejeição, de solidão, de falta de diálogo, de comunicação e de amor entre pais e filhos<sup>133</sup>.

Desse modo, a guarda passa a ser vista como um instrumento de desenvolvimento e consolidação da personalidade do menor. O critério para definir quem será o guardião deixa de ser a conduta dos pais (quem é o culpado na separação) e passa a ser o melhor interesse da criança e do adolescente.

Importa esclarecer que o pai guardião exerce a autoridade parental assim como o pai não guardião. Ou seja, o fim do matrimônio não extingue o poder familiar do genitor sem a guarda do filho. Nesse sentido, o artigo 1.632 prevê: “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em companhia os segundos”.

Ao que se depreende, a guarda seria, pois, uma das formas de se exercer a autoridade. Quiçá a forma mais expressiva, pois quem exerce a guarda acaba por exercer os demais deveres parentais atribuídos pela lei. Aquele que tem a guarda também deve educar, criar, sustentar e representar o menor. Disso se denota que, não obstante a autoridade e a guarda sejam institutos diferentes, ambos possuem a mesma função: garantir o bom desenvolvimento da criança ou do adolescente. Como bem acentua Gustavo Tepedino, “percebe-se que, no ordenamento brasileiro, a guarda não é fonte de novos deveres jurídicos”<sup>134</sup>, repisando os mesmos cuidados a serem tomados pelos titulares da autoridade parental. Ana Carolina Brochado, por sua vez, sustenta que a função promocional da autoridade é mais ampla se comparada à guarda:

Um diferenciador [...] para a definição da autoridade parental é que esta se mede na tutela da pessoa, a qual não tem apenas escopo protetivo, mas, principalmente, promocional da personalidade. Por isso abarca maior aglomerado de funções. Diferentemente do que é proposto pela maioria da doutrina, o poder-dever de proteção e provimento das necessidades, sejam elas materiais ou espirituais, encontram abrigo muito mais na autoridade parental do que na guarda, pois ambos os pais têm a função promocional da educação dos filhos, em sentido amplo, que envolve criação, orientação e acompanhamento. Tais tarefas não incumbem apenas ao genitor guardião<sup>135</sup>.

<sup>133</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. Op. Cit., p. 200.

<sup>134</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional. Op. Cit., p. 179.

<sup>135</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. Cit., p. 109.

Pode-se afirmar que a guarda surge para definir quem ficará, em maior tempo, na companhia do filho. Isso porque o rebento será estabelecido no domicílio de um dos pais e ali desenvolverá suas principais atividades. É esse também o parecer de Maria Berenice Dias ao mencionar que “a definição de ‘guarda’ identifica quem tem o filho em sua companhia”<sup>136</sup>. Reitera Fernanda de Melo Meira ao afirmar que “a guarda servirá apenas para identificar quem tem o filho em sua companhia direta”<sup>137</sup>.

No que tange aos cuidados decorrentes da guarda, esses são os mesmos previstos para o poder familiar. Implica dizer que tanto o pai guardião quanto o pai sem a guarda continuarão desempenhando suas atribuições, pois, embora dissolvido o matrimônio ou a união estável, a autoridade sobre o filho se mantém; e com ela seus deveres. Mudará apenas a concomitância desse exercício: os pais separados cumprirão os deveres parentais não mais simultaneamente, por impossibilidade física. A guarda, assim, regulamenta apenas o domicílio do rebento, definindo se coabitará com o pai ou com a mãe.

Na relação de parentalidade, encontram-se espécies de guarda que merecem considerações: a guarda uniparental e a guarda compartilhada. A guarda uniparental se caracteriza pela entrega do filho à companhia de um dos genitores. Ocorre frequentemente nas situações em que o filho não é reconhecido pelo pai, cabendo à mãe a guarda. Pode também a guarda uniparental se dar nos casos de divórcio e separação. Em regra, é a genitora quem recebe a guarda unilateral, ficando o pai com o direito de visita.

Para a última hipótese, afirma-se, em crítica à guarda uniparental, que esta enfraquece o exercício da autoridade pelo genitor que não detém a guarda. Isso porque a ele será reservado o direito de visita, com dias e horários previamente estipulados, não havendo liberdade para uma participação livre e mais incisiva na vida do filho. Merecem atenção as palavras de Guilherme Calmon:

Altera-se, portanto, o exercício da autoridade parental, já que, enquanto o genitor-guardião conserva tal autoridade em toda a sua amplitude, o não-guardião sofre um enfraquecimento dos seus poderes parentais. [...] Vale dizer: os poderes que passarão a deter cada um dos genitores são

---

<sup>136</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p. 392.

<sup>137</sup> MEIRA, Fernanda de Melo. A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 239.

desiguais, ocorrendo uma redistribuição dos papéis parentais, com evidente privação do essencial de suas prerrogativas ao genitor não-guardião<sup>138</sup>.

Embora ocorra o enfraquecimento fático da autoridade do genitor não guardião em razão do seu distanciamento físico, não haverá qualquer isenção do cumprimento dos deveres parentais. O artigo 1.583, §3º, do Código Civil, nesse sentido, prevê que compete ao genitor sem a guarda supervisionar os interesses do filho. Essa supervisão deve ser no sentido de garantir ao menor os cuidados referentes à relação de parentalidade, suprindo-os quando ausente.

Com o fim de facilitar a participação dos genitores na criação dos filhos, inseriu-se no ordenamento brasileiro a guarda compartilhada. O artigo 1.583, §1º, do Código Civil define essa espécie de guarda como aquela em que há exercício conjunto de direitos e deveres pelos genitores que não vivem sob o mesmo teto. Tal instituto fita, portanto, o exercício pleno da autoridade mesmo sem o convívio ininterrupto entre os pais e o filho. A guarda compartilhada não só facilita o exercício da autoridade, como atende melhor à necessidade dos rebentos, na medida em que se busca a participação conjunta e efetiva de ambos os genitores na criação do menor. Sobre a guarda compartilhada, relata Maria Berenice Dias:

O maior conhecimento do dinamismo das relações familiares ensejou o surgimento de uma corrente doutrinária que defende com ardor a guarda conjunta ou compartilhada. A convivência física e imediata dos filhos com os genitores, mesmo quando cessada a convivência de ambos, garante, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, assegurando a permanência de vínculos mais estritos e a ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar<sup>139</sup>.

Ao que se percebe, a guarda compartilhada viabiliza o exercício dos deveres por ambos os genitores, ainda que impossível o constante contato físico com o filho. Pode-se dizer, então, que a guarda compartilhada nada mais seria do que o exercício conjunto, pelos genitores, da autoridade parental. Assim se posiciona Gustavo Tepedino ao apontar a guarda compartilhada como um reforço à autoridade parental, e não como um instituto novo e distinto:

O estudo da guarda compartilhada faz-se relevante e deve ser intensificado, à medida que contribui para a recuperação de uma apreciação ética das

---

<sup>138</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. Op. Cit., p. 210.

<sup>139</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p.395.

relações de filiação, de modo absolutamente necessário e complementar ao exercício da autoridade parental<sup>140</sup>.

Ao contrário da guarda uniparental, a guarda compartilhada traz a ideia de continuidade de contato com o rebento. Ambos os pais exercem a convivência com o filho, ainda que não coabitem na mesma residência. Não há predeterminação de dias de visita para o genitor que não reside com o menor; antes, a liberdade para visitação é irrestrita e firmada no diálogo entre os pais. Daí a importância do bom relacionamento dos ex-cônjuges a fim de que essa liberdade seja sempre exercida em favor do filho. Acrescenta Kátia Regina Maciel:

[...] em decorrência do princípio constitucional do melhor interesse da criança e do princípio da proteção integral, não vislumbramos qualquer óbice à definição da lide por uma guarda compartilhada, mesmo não havendo o bom entrosamento entre as partes, quando a criança demonstra querer conviver intensamente com ambos os genitores, e há a possibilidade de compartilhamento das decisões envolvendo os direitos fundamentais do filho, como o direito à saúde e educação. Neste sentido, o §2º do art. 1.584 do Código Civil prescreve que, quando não houver acordo entre pais quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada<sup>141</sup>.

Ana Carolina Brochado critica a guarda compartilhada como um instituto de novidade, vez que representa, em função e conteúdo, nada mais do que a própria autoridade parental. Isso porque, como já afirmado, a autoridade não termina com o fim do casamento ou da união estável, mantendo-se os deveres parentais para com o filho na mesma medida, tanto para o pai quanto para a mãe. Para alcançar os objetivos de uma corresponsabilidade na proteção do menor, segundo a autora, “bastaria atribuir maior efetividade à autoridade parental, já que é ela a verdadeira detentora dos poderes-deveres de participação que os defensores da guarda compartilhada buscam efetivar”<sup>142</sup>.

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino alerta que, ao contrário do sistema francês, em que, com o fim do matrimônio o exercício do poder familiar pode ser atribuído exclusivamente a um dos genitores, o Código Civil brasileiro mantém a corresponsabilidade dos pais mesmo com o fim da sociedade conjugal. Explica o autor que, no primeiro sistema, justifica-se a preocupação com a modalidade da guarda em razão da dificuldade de se estabelecer os limites de atuação do genitor

<sup>140</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. Op. Cit., p. 321.

<sup>141</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. Cit., p.102.

<sup>142</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. Cit., p.113.

que não possui a autoridade. Já no sistema brasileiro, a guarda perde importância frente à persistência da autoridade parental independente do estado civil dos pais<sup>143</sup>.

Semelhantemente ao sistema francês, no sistema alemão também existe lugar para a guarda compartilhada. Segundo esclarece Wilfried Schlüter, o § 1626 do BGB trata o antigo pátrio poder como guarda familiar. “Com esta modificação da terminologia [...] a relação de parentalidade não é entendida como relação de poder, mas como relação de guarda”<sup>144</sup>. Inexiste, no sistema alemão, institutos próximos como a autoridade e a guarda. Antes, fala-se apenas em guarda familiar a ser exercida, preferencialmente, pelos dois cônjuges, estando ou não casados. Diz o autor que

Após a separação dos pais, eles continuam exercendo conjuntamente a guarda familiar. Somente a pedido de uma parte parental (§ 1671 BGB) ou em caso de perigo do bem-estar da criança (§§ 1666, 1666a al. 2 BGB), o Juízo de Família pode transferir a guarda familiar total – ou parcialmente, a uma parte parental<sup>145</sup>.

Ao que se percebe, a guarda compartilhada, tanto no sistema francês como no alemão, tem função específica, enquanto no sistema brasileiro ela nada mais é do que uma reprodução da autoridade parental. Assim, como bem coloca Ana Carolina Brochado:

O real mérito da guarda compartilhada é mais social do que jurídico, pois vem ao encontro do novo conceito de paternidade. A discussão em torno do assunto tem feito com que os pais busquem a implantação do modelo. Quando efetivada, porém, seus efeitos abrangem a experiência do pleno exercício da autoridade parental, nos exatos moldes do art. 1.632 do CCB/02<sup>146</sup>.

Desse modo, não sendo a guarda instituto modificativo da autoridade parental, sua análise será irrelevante para fins de responsabilidade dos pais. Independente de quem mantém o filho em seu domicílio, a responsabilidade pelos deveres parentais incumbe igualmente a ambos os genitores. Feitas essas considerações, importa rever a letra final do artigo 932, I, que exige como requisitos cumulativos da responsabilidade parental a autoridade e a companhia.

<sup>143</sup> TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional. Op. Cit., p. 314-319.

<sup>144</sup> SCHLÜTER, Wilfried. Op. Cit., p. 404.

<sup>145</sup> Ibidem, p.407.

<sup>146</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Op. Cit., p. 111.

### 2.3 Autoridade e companhia

Os pais respondem pelos atos dos filhos menores que estão sob a sua guarda e em sua companhia. Por uma interpretação literal dessa redação, se poderia chegar às seguintes conclusões:

a) O pai sem autoridade sob o filho não responderia pelos atos deste, ainda que em sua companhia;

b) O pai sem a companhia do filho não responderia pelos atos deste, ainda que esteja sob sua autoridade.

Ao que se percebe, todavia, ambas as assertivas são falsas e não correspondem à leitura que se espera para uma solução conforme a ordem civil-constitucional. Primeiramente porque já se esclareceu que, em algumas situações excepcionais, o pai sem autoridade responde pelo ilícito praticado pelo menor. São as hipóteses de extinção ou suspensão do poder familiar em razão da má conduta do genitor. Pensamento contrário seria conceder ao mau pai a benesse de não mais se responsabilizar por qualquer ato do filho.

Ainda, entender que o pai sem a companhia do filho não responde pelos atos deste traz implicações graves. Imagine-se a hipótese do pai que está viajando e deixa o filho aos cuidados da mãe. Não tendo a companhia do filho, o primeiro não responderia por eventual prejuízo advindo de um ato ilícito cometido pelo rebento. Também, no caso dos pais separados, só recairia a responsabilidade sobre o genitor que estivesse exercendo a constante vigilância sobre o filho, causando verdadeira desigualdade entre os genitores.

Deve-se ter em mente que a autoridade, sendo um dos fundamentos da responsabilidade paterna, pode ser exercida mesmo quando o rebento não está na companhia do pai. Vale dizer: é responsável aquele que exerce a autoridade, independente se coabita ou mantém vínculos estreitos com o menor.

Sumariamente, pode-se concluir que a companhia não deve servir de requisito para o dever de indenizar dos pais, por dois motivos: primeiro, por criar desigualdade entre os genitores, segundo por diminuir a garantia da vítima. Essas razões merecem maiores explicações.

### a) Igualdade entre os cônjuges

Já se dissertou sobre a mudança na concepção das famílias, principalmente no que tange à superação do antigo modelo hierárquico e patrimonialista. O marido, que antes ocupava o centro da entidade familiar, passou a dividir a autoridade parental com a esposa e, com o decorrer do tempo, os filhos ganharam maior relevo e se tornaram os protagonistas da relação familiar. Daí falar em família democrática, aquela pautada no diálogo como pilar das relações, visando obter a tutela de cada membro, individualmente considerado. Assim, ao se preocupar com a dignidade de cada ente, absorve-se, por consequência, a ideia de solidariedade, aquela identificada “como o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, numa sociedade que se desenvolve como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”<sup>147</sup>.

A igualdade, como reflexo do princípio da solidariedade e elemento da família democrática, deve nortear as relações entre pais e filhos e entre cônjuges. Disso pode-se dizer que a autoridade deve ser exercida em conjunto por ambos os genitores, não sendo de titularidade exclusiva do sexo masculino, como ocorria no passado. São de ambos os pais o dever de criar, assistir, educar e proteger o filho, bem como é dever de ambos indenizar pelo ilícito causado pelo rebento. E não poderia ser diferente: se o poder familiar não se altera sequer com o divórcio ou separação dos cônjuges, conforme reza o artigo 1.632 do Código Civil atual, não se pode conceber tratamento diferenciado entre os que exercem a mesma autoridade. Nos dizeres de Jeovanna Viana:

Entendemos que no caso apenas de ser responsável o cônjuge que detiver a guarda do menor, e o outro, a quem esta não foi atribuído, for excluído da responsabilidade (com exceção do horário de visita), acabaremos por chegar a um resultado incorrecto. Devemos ter em atenção que, geralmente, o genitor que possui a guarda do menor é o que se sacrifica mais, pois tem maiores encargos e responsabilidades em relação ao menor. Por conseguinte, é demasiado injusto que, além das atribuições normais que um genitor guarda, deva ele também suportar sozinho o peso da totalidade da indemnização reclamada por um acto cometido por um filho de ambos<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 111.

<sup>148</sup> VIANA, Jeovanna. Op. Cit., p. 245-246.

Compreender que a responsabilidade pelos atos dos filhos recai apenas sobre o genitor que mantém o rebento em sua companhia, privilegiária, em muitos casos, os pais ausentes, os viajantes, ou mesmo aqueles negligentes que não buscam qualquer relação de afeto. O ônus seria demasiadamente severo sobre o genitor guardião ou sobre o genitor que, embora não coabite com o filho, tenha a “infelicidade” de presenciar um ilícito no dia de visita. Tal ideia não se coaduna com os novos rumos do direito de família que prima, no âmbito da proteção do menor, pela guarda compartilhada, compreendendo que os pais devem dividir igualmente as responsabilidades<sup>149</sup>.

Em arremate, argumentar que a responsabilidade deve recair apenas sobre o pai que está em companhia do filho, visto que somente ele pode exercer a fiscalização eficaz, é retomar a ideia de culpa. Isso porque afirmar que o pai sem a companhia não responde porque jamais teria controle sobre o filho, é o mesmo que dizer que não houve culpa de sua parte. Todavia, vale frisar que o artigo 933 do Código Civil tornou objetiva a responsabilidade por fato de terceiro, não havendo espaço para a discussão da conduta dos responsáveis. Seria, então o mesmo que criar dois sistemas de responsabilidades distintos: um baseado na culpa, destinado ao pai sem a companhia e outro independente de culpa, voltado para o genitor que tem o menor em sua companhia. Essa divisão se mostraria discrepante e injustificável, denotando verdadeiro tratamento desigual entre os genitores.

#### b) Garantia da vítima

Ao prever a responsabilidade objetiva por fato de terceiro, o legislador buscou efetivar a garantia da vítima, facilitando o recebimento da indenização ao afastar a análise do elemento subjetivo. No caso dos atos ilícitos cometidos por menores, a garantia à vítima também se expressa na possibilidade de atacar o patrimônio dos pais, visto que, em regra, os menores não possuem bens em seu próprio nome.

---

<sup>149</sup> Em sentido oposto, Jeovanna Viana apresenta a teoria espanhola do traspasso da responsabilidade, “baseando-se em que o direito de visita transfere a guarda durante o período de tempo em que esta tem lugar. Desta forma, a responsabilidade traspassa-se com o menor e responde o genitor que tenha consigo o menor no momento em que este cometer o facto danoso”. (VIANA, Jeovanna. Op. Cit., p. 241).

Conforme já se dissertou no presente trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro visa a integral proteção da vítima, facilitando-lhe a exação do crédito oriundo do dever de indenizar. Sendo assim, exigir a companhia paterna como pressuposto para reparar o dano cometido pelo filho menor seria criar um óbice à vítima. E isso porque as possibilidades de bens para suportarem o pagamento da indenização se restringiriam apenas ao genitor com a companhia e, sendo ele insolvente, a vítima ficaria em total desamparo.

Com isso, percebe-se que a exigência do pressuposto da companhia na responsabilidade civil paterna afasta a coerência do ordenamento jurídico, na medida em que diminui a garantia da vítima no recebimento da indenização. Nesse sentido é a lição de Maria Berenice Dias:

Assim, nada justifica atribuir exclusiva responsabilidade ao genitor guardião pelos atos praticados pelo filho, pelo simples fato de ele não estar na companhia do outro genitor. Este persiste no exercício do poder familiar, e entre os deveres dele decorrentes está o de responder pelos atos praticados pelo filho. Conceber interpretação ao indigitado artigo legal, que se encontra fora do livro do direito das famílias, divorciado de tudo que vem sendo construído na busca de prestigiar a paternidade responsável, é incentivar o desfazimento dos elos afetivos das relações familiares. Ao depois, cuida-se de responsabilidade objetiva (art. 933), o que confere plena atuação aos princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente, deixando clara a importância do papel que os pais devem desempenhar no processo de educação e desenvolvimento da personalidade dos menores. Assim, o patrimônio de ambos os genitores, e não só do guardião, deve responder pelos danos causados pelos filhos<sup>150</sup>.

Por tais motivos, os tribunais já vêm compreendendo que a solidariedade dos genitores na responsabilidade persiste, ainda que o menor esteja na companhia de apenas um deles:

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DE FILHO MENOR - PRESUNÇÃO DE CULPA - **LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIEDADE, DO GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA** - POSSIBILIDADE - NÃO OCORRÊNCIA IN CASU - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

I - **Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores,** salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano.

II - A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção juris tantum de culpa e de culpa in vigilando, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, § único e 1.521, inciso I do

<sup>150</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p.383-384.

Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, § único e 932, I, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n. 6.515/77, este recepcionado no art. 1.579, do novo Código Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.  
(REsp 777.327/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, DJe 01/12/2009);

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE DOS PAIS E DA AVÓ EM FACE DE ATO ILÍCITO PRATICADO POR MENOR. SEPARAÇÃO DOS PAIS. PODER FAMILIAR EXERCIDO POR AMBOS OS PAIS. DEVER DE VIGILÂNCIA DA AVÓ. REEXAME DE FATOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

(...)

**4. A mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação aos atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente.** Ademais, não pode ser acolhida a tese dos recorrentes quanto a exclusão da responsabilidade da mãe, ao argumento de que houve separação e, portanto, exercício unilateral do poder familiar pelo pai, pois tal implica o revolvimento do conjunto fático probatório, o que é defeso em sede de recurso especial. Incidência da súmula 7/STJ.  
(REsp 1074937/MA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 19/10/2009).

Em sede doutrinária, o mesmo posicionamento já foi adotado no enunciado 450 do Conselho da Justiça Federal que diz: “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”.

Buscando a interpretação sistemática do ordenamento, tem-se que o artigo 932, I, deve ser lido de molde a abranger os princípios constitucionais, dentre eles a dignidade da pessoa humana, a refletir na garantia da vítima. Desse modo, a supressão da companhia como elemento necessário para a configuração do dever de indenizar dos pais se mostra assaz necessária. Argumenta, nessa toada, Maria Berenice Dias:

Ainda que a referência legal seja aos pais que estiverem com os filhos em sua companhia, descabido não responsabilizar também o genitor que não detém a guarda do filho. Não há como limitar a responsabilidade dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores, à circunstância de estarem eles na companhia do genitor (CC, 932, I.). Há que se reconhecer que a responsabilidade parental decorre do poder familiar, que é exercido por ambos os genitores<sup>151</sup>.

<sup>151</sup> DIAS, Maria Berenice. Op. Cit., p.383.

Para integral compreensão do artigo mencionado, ainda resta enfrentar um dos grandes problemas da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores: a culpa do menor.

### 3 CULPA E ATO ILÍCITO: QUANDO O MENOR É O SUJEITO CAUSADOR DO DANO

#### 3.1 Quem é o menor

A menoridade civil termina quando o sujeito de direito completa 18 (dezoito) anos, conforme se depreende do artigo 5º do Código Civil: “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”. A maioridade implica na capacidade civil, ou seja, o sujeito se torna apto para praticar pessoalmente os atos na esfera privada.

Importa lembrar que a capacidade jurídica é dividida em capacidade de direito ou de gozo e capacidade de fato ou de exercício. Define Francisco Amaral:

A capacidade de direito, como titularidade de direitos e deveres, chamada pela doutrina francesa de capacidade de gozo, porque é o titular que deles desfruta, distingue-se da capacidade de fato, aptidão para o exercício desses direitos ou deveres<sup>152</sup>.

Embora os menores possam adquirir direitos e deveres (capacidade de direito ou de gozo) não podem exercê-los pessoalmente (capacidade de fato ou de exercício). O exercício só se faz possível mediante terceiro capaz que aja como representante ou assistente legal.

Até os 16 anos o sujeito é considerado absolutamente incapaz (art. 3º, I), devendo ser devidamente representado em todos os atos da esfera civil. Já os maiores de 16 e os menores de 18 anos são relativamente incapazes (art. 4º, I), cabendo assistência dos representantes para os atos pretendidos<sup>153</sup>.

Os filhos menores estão sujeitos ao poder familiar, nos termos do artigo 1.630. Logo, os pais devem, por atribuição legal, dirigir-lhes a educação e a criação, bem como mantê-los em sua companhia e sob sua guarda (art. 1.634). Por se encontrarem em fase de desenvolvimento e em construção da personalidade, entende-se que os menores não possuem discernimento suficiente para compreender alguns aspectos da vida e, portanto, carecem da intervenção paterna. O critério etário da menoridade foi adotado pelo legislador brasileiro seguindo a

<sup>152</sup> AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.140.

<sup>153</sup> Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

(...)

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

tendência estrangeira, expressa, inclusive, na Convenção dos Direitos da Crianças de 1989 que atesta em seu artigo 1º: “criança é todo ser humano menor de 18 anos, salvo se nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

Pode-se dizer que a capacidade está ligada ao discernimento do sujeito, sendo, portanto, instrumento de proteção em favor daqueles que não conseguem manifestar com exatidão sua vontade.

O regime jurídico das incapacidades foi concebido como sistema que busca proteger aqueles sujeitos que não têm discernimento suficiente para formar e exprimir vontade válida, ou seja, aqueles que não têm plena autonomia para se relacionar juridicamente na vida civil, por lhes faltarem certos elementos para a perfeita formação de sua vontade<sup>154</sup>.

É considerado capaz aquele que possui formação intelectual suficiente para compreender seus próprios atos e os efeitos dos mesmos. Trata-se de reconhecer uma maturidade razoável que confira ao sujeito a aptidão para concretizar seus próprios interesses.

Ocorre que o critério etário e abstrato não expressa o real desenvolvimento intelectual dos menores. Assim, o bebê de seis meses possui, nos termos da lei, o mesmo discernimento que um adolescente de quinze anos. Somente a partir dos dezesseis anos o legislador reconhece a existência de um grau maior de compreensão e confere aos sujeitos uma liberdade assistida pelos pais. De toda sorte, o parâmetro legislativo não se mostra suficiente para constatar o discernimento dos sujeitos, significando verdadeiro entrave ao pleno desenvolvimento do menor.

Em outra toada, o Estatuto da Criança e do Adolescente classifica os menores como crianças (até doze anos incompletos) e adolescentes (entre doze e dezoito anos), conforme se depreende do artigo 2º. Prevê a Lei 8.069/90 que o adolescente deverá se submeter a medidas socioeducativas quando cometer ato infracional. A ideia é de que o menor seja reeducado para não mais incorrer em condutas que afrontem a lei penal. Significa dizer que o adolescente possui discernimento suficiente para compreender a correção e constatar que sua conduta foi reprovável. Diferentemente é a criança que, cometendo ato infracional, sofrerá medidas protetivas (art. 101), voltadas não exatamente para a repreensão de sua

---

<sup>154</sup> RODRIGUES, Renata de Lima. *Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito*. 2007. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2007, p. 26-27.

conduta, mas para o seu cuidado. Com isso, rompe-se com a concepção criada pelo Código Civil de que apenas os maiores de dezoito anos possuem pleno discernimento. A partir dos doze anos já se vislumbra a possibilidade de os adolescentes compreenderem os próprios atos, podendo, inclusive ser reeducados. Chega-se, pois, ao seguinte raciocínio: antes dos doze anos a criança é ainda imatura, visto que a educação ensinada pelos pais será reproduzida em tom mecânico, sem qualquer ato consciente. Após os doze anos, o adolescente já se mostra maduro o suficiente para internalizar os ensinamentos, podendo perceber a real dimensão de seus atos.

O filósofo André Comte-Sponville, retratando as fases de aprendizado do ser humano, diferencia a moral, como uma virtude apreendida e espiritualizada, da polidez, uma virtude ensinada e, assim, repetida por outrem. A moral só estaria presente nos sujeitos conscientes, enquanto a polidez seria uma mera reprodução mecânica do ser em desenvolvimento e parco de entendimento.

“O homem só pode tornar-se homem pela educação”, reconhece por sinal Kant, “ele é apenas o que a educação faz dele”, e é a disciplina que primeiro “transforma a animalidade em humanidade”. Não poderíamos dizer melhor. O uso é anterior ao valor, a obediência ao respeito, e a imitação ao dever. A polidez, por conseguinte (“isso não se faz”), é anterior à moral (“isso não se *deve* fazer”), a qual só se constituirá pouco a pouco, como uma polidez interiorizada, livre de aparências e de interesses, toda concentrada na intenção (com a qual a polidez nada tem a ver). Mas como essa moral emergiria, se a polidez não fosse dada primeiro? As boas maneiras precedem as boas ações e levam a estas. A moral é como uma polidez da alma, um saber viver de si para consigo (ainda que se trate, sobretudo, do outro), uma etiqueta da vida interior, um código de nossos deveres, um cerimonial do essencial. Inversamente, a polidez é como uma moral do corpo, uma ética do comportamento, um código da vida social, um cerimonial do essencial<sup>155</sup>.

Mais adiante, o autor explica que às crianças é ensinada a polidez e, com o tempo, elas reproduzem, naturalmente e de forma internalizada, os ensinamentos, de forma a constituírem sua moral:

(...) o que a criança, por falta de instinto, não pode fazer por si mesma, “é preciso que outros façam por ela”, e é assim que uma geração educa outra”. Sem dúvida. Ora, o que é essa disciplina na família, senão, antes de tudo, o respeito dos usos e das boas maneiras? Disciplina normativa mais do que coerciva, que visa menos à ordem do que a certa sociabilidade amável – disciplina não de polícia, mas de polidez. É por ela que, imitando as maneiras da virtude, talvez tenhamos uma oportunidade de irmos a ser virtuosos<sup>156</sup>.

<sup>155</sup> COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 16.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 17.

Ante toda a discussão envolvendo capacidade e discernimento, vale dizer que a teoria das incapacidades vem sendo criticada pela doutrina, por ter sido embasada em uma ficção jurídica, deixando de reconhecer, em alguns casos, o discernimento para a prática de atos civis. Prediz Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues:

Menores não devem ser tratados como incapazes, mas simplesmente como aquilo que realmente são: seres em formação, que conquistam gradativa autonomia através de um processo de crescimento e amadurecimento que, ao fim, deve significar o desenvolvimento de uma pessoa dotada de discernimento, apta, autônoma e responsável para assumir as consequências advindas de seus próprios atos que reverberam ou não em sociedade e na esfera de direitos de terceiros<sup>157</sup>.

Quando o legislador se vale do critério etário para definir quem é capaz, denota-se que sua preocupação é impedir os reflexos patrimoniais dos atos praticados pelos incapazes. Assim porque não é regra a solvência de um menor; e coibir a prática de negócios jurídicos pelos menores, nesse caso, seria o mesmo que antever a inadimplência, conferindo maior segurança jurídica às relações<sup>158</sup>. Também a incapacidade se expressa como um instituto de proteção ao patrimônio daquele que não possui correto discernimento para gerenciá-lo.

Tal concepção merece ser revista porque não condiz com o ordenamento jurídico atual centrado no princípio da dignidade da pessoa humana. A bandeira do patrimonialismo foi derrubada com a vigência da Carta de 1988 que trouxe novos valores e acentuou a importância de tutelar o sujeito como fim em si mesmo.

Há que se lembrar que os atos da vida civil envolvem não apenas decisões de conteúdo patrimonial, como é o caso da aquisição de bens por meio de contratos. Existem também os atos de natureza existencial, tais como a profissão de fé, a disposição do próprio corpo, as decisões sobre intervenções médicas, dentre outras situações que dizem respeito à formação pessoal do sujeito enquanto ser

---

<sup>157</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 46.

<sup>158</sup> Nesse sentido, importante mencionar a lição de Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues: “O ideal de segurança jurídica era uma das ideias norteadoras do regime das incapacidades. O objetivo de promover um ambiente de certeza e estabilidade no tráfego das titularidades jurídicas inspirou a dicotomia, capacidade de direito *versus* capacidade de fato e, por consequência, a possibilidade de retirada das prerrogativas de exercício pessoal de direitos e deveres, o que deu origem à categorização de pessoas em relativamente ou absolutamente incapazes, as quais foram convenientemente afastadas do mundo jurídico, nele atuando apenas através da assistência ou da representação legal” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RODRIGUES, Renata de Lima. Op. Cit., p. 26).

autônomo. São situações que envolvem a autodeterminação, abarcando convicções íntimas e morais que não cabem a terceiro gerenciar. No que tange aos atos de cunho extrapatrimonial, importante atribuir vontade legítima ao sujeito, ainda que menor, concedendo-lhe a oportunidade de construir a própria personalidade, agindo com liberdade sobre as questões que dizem respeito a sua individualidade<sup>159</sup>. Quando o legislador deixa de atribuir a capacidade ao menor sem fazer distinção entre os atos patrimoniais e existenciais, acaba por impedir os últimos, afastando a liberdade para praticar atos que dizem respeito à esfera íntima. É esse o posicionamento de Rafael Garcia Rodrigues:

É necessário, por conseguinte, repensar o regime das incapacidades, especialmente, quando estiver em jogo situações jurídicas existenciais envolvendo o próprio desenvolvimento humano do indivíduo. [...] A presunção de falta de discernimento ou compreensão, que justifica o tratamento como incapaz, é imprecisa e imperfeita ao tratamento de atos patrimoniais, uma vez que desloca a realização de tais atos à vontade de um representante ou assistente. [...] Muito mais angustiante é, no entanto, quando se trata de situações de cunho existencial (...) que ocupam preocupação central em um ordenamento jurídico voltado à realização da pessoa, como o nosso; por certo que não se pode desprezar ou desqualificar o valor jurídico da vontade dos incapazes em tais casos<sup>160</sup>.

De tudo se deduz que, embora o menor de 18 anos esteja privado da prática dos atos civis patrimoniais, não significa dizer que lhe falta discernimento. A maturidade não aparece à meia-noite da data em que o adolescente atinge a maioridade, sendo, antes, um processo que inclui experiências e percepções do sujeito com o mundo em que vive. São os pais, por meio da autoridade parental, que devem facilitar esse desenvolvimento, contribuindo para que o filho absorva ao máximo a ideia de autorresponsabilidade ao longo da sua juventude.

Ao que se percebe, a menoridade traz a ideia de tutela dos sujeitos vulneráveis e em fase de desenvolvimento. Trata-se de buscar a melhor proteção, seja pelo Estado, pela família ou pela sociedade, como reza o artigo 227 da Constituição Federal. No entanto, à medida que o menor adquire discernimento, ideal que se confira a ele maior liberdade de autodeterminação, desprendendo-o das limitações impostas por lei. É esse o posicionamento de Ana Carolina Brochado e

<sup>159</sup> Reza na mesma margem o enunciado 138 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.

<sup>160</sup> RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 24-25.

Renata de Lima Rodrigues ao afirmarem que “como a aquisição de discernimento é um processo progressivo, também o é a aquisição de autonomia, e a possibilidade do menor de agir com liberdade no âmbito da sua esfera privada”<sup>161</sup>.

Portanto, negar que os menores possuem discernimento pelo fato de não serem capazes é ignorar a realidade que salta aos olhos, em que a maturação das crianças e dos adolescentes se mostra cada vez mais precoce. A reformulação da teoria das incapacidades com o fim de reconhecer as situações concretas com base no discernimento real dos menores vem ao encontro da ordem civil-constitucional que preza pela dignidade da pessoa humana e pela funcionalização dos institutos privados.

### **3.2 Os pais e os filhos emancipados: de quem é a responsabilidade?**

A emancipação é o ato por meio do qual o menor se torna capaz. O parágrafo único do artigo 5º do Código Civil prevê as hipóteses em que ocorre a emancipação: pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; pelo casamento; pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

A emancipação concede a capacidade ao menor, mas não lhe confere maioridade. Assim, o menor torna-se apto a exercer os próprios interesses, realizando os deveres e fazendo jus aos seus direitos pessoalmente. Não haverá qualquer interferência de terceiro nos atos praticados pelo emancipado, seja em forma de representação ou de assistência.

Além da capacidade, a emancipação traz, como efeito jurídico, o fim do poder familiar, conforme dita a redação do artigo 1.635, II. Dizer que os pais não estarão mais obrigados a cumprir com os deveres decorrentes da paternidade em razão da emancipação do filho não é uma afirmação segura. Embora o menor emancipado possa exercer todos os atos da vida civil sem o suporte dos genitores,

---

<sup>161</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RODRIGUES, Renata de Lima. Op. Cit., p. 52.

deve-se lembrar que, sendo ainda um ser em desenvolvimento, continuará recebendo a tutela do Estatuto da Criança e do Adolescente. Os atos referentes à proteção, tais como educação, assistência e sustento poderão continuar sendo atribuídos aos genitores, levando em consideração que o filho ainda carece de cuidados. Nesse sentido é o enunciado 530 do Conselho da Justiça Federal: “A emancipação, por si só, não elide a incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente”.

Dentre as formas de emancipação, ressalta-se a realizada voluntariamente pelos pais. Esta pode ocorrer independentemente de sentença judicial, bastando que os pais lavrem documento em Cartório, concedendo ao filho maior de dezesseis anos a capacidade civil. Kátia Regina Maciel acrescenta que a escritura pública em que se expressa a emancipação “somente produzirá efeitos após o registro perante o Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais da circunscrição onde o menor for domiciliado e com a anotação na certidão de nascimento do mesmo”<sup>162</sup>. Nessas hipóteses, não é raro os genitores ainda conviverem com os filhos. Ou seja, embora emancipado civilmente, o menor continua dependente financeiramente do pai, não se podendo cogitar na completa abstinência deste em relação aos deveres paternais.

Lembrando que a emancipação não afasta a menoridade, nem o caráter de vulnerabilidade dos seres em formação, pensar que não haveria espaço para qualquer ato de autoridade em favor do menor emancipado seria negar toda a ordem jurídica que promove o interesse das crianças e dos adolescentes. Deduzir de forma diferente seria conferir aos maus pais um instrumento jurídico que lhes colocaria em condições de total irresponsabilidade em relação ao filho menor. Basta pensar nos adolescentes que são aliciados ao crime e, em razão disso, seus pais optam por emancipá-los com o fim de afastar qualquer responsabilidade que eventualmente recaia sobre eles. Especialmente nesses casos ainda se vê a importância da efetiva autoridade dos pais de promover a educação e a boa orientação dos filhos, seja pelo diálogo, seja encaminhando-os a quem possa, de fato, oferecer auxílio.

Em suma, a emancipação jamais pode ser usada como instrumento em desfavor do menor, mas em seu interesse. Conferir-lhe a liberdade de se autodeterminar em relação aos atos civis não significa deixar o menor ao

---

<sup>162</sup> MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Op. Cit., p. 115.

desamparo, à margem de qualquer tutela. É sempre bom lembrar que a criança e o adolescente são alvos de maior proteção estatal, recebendo primazia frente aos demais membros da família.

Questão tormentosa diz respeito à responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores emancipados. Isso porque, se os filhos emancipados continuam sendo menores, se enquadrariam na hipótese do artigo 932, I. Por outro lado, sabe-se que a emancipação extingue o poder familiar (autoridade), fazendo desaparecer um dos fundamentos da responsabilidade paterna.

No que diz respeito às hipóteses de emancipação que se operam de pleno direito, há o entendimento de que ficam livres os pais da responsabilidade pelos atos causados pelos filhos. Nesse sentido, José Fernando Simão:

O pai que não pode mais reger a vida de seu filho não pode ter a responsabilidade decorrente do poder familiar. Ademais, a lei exige, para que haja a responsabilidade, que o incapaz esteja na autoridade e companhia do pai (...). Ora, com a emancipação, ocorre automaticamente o fim da autoridade paterna e, muitas vezes, o fim da companhia também<sup>163</sup>.

A lei extingue automaticamente o poder familiar nos casos de casamento do menor; exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego que conceda economia própria ao menor. Se a própria norma cuida de afastar um dos fundamentos da responsabilidade civil dos pais, significa que o dever de indenizar eventuais atos ilícitos será do próprio causador do dano.

Por outro lado, se a emancipação for provocada pelos genitores (emancipação voluntária), entendem doutrina e jurisprudência que a extinção do poder familiar não pode prejudicar a vítima. Ao contrário da emancipação legal, a emancipação voluntária parte dos genitores e só há efeito jurídico após documento lavrado no Cartório de Notas e averbado no Ofício de Pessoas Naturais. Não é raro, nessas hipóteses, a continuação do exercício de autoridade sobre o menor, de sorte que a emancipação se torne mera ficção. O enunciado 41 do Conselho da Justiça Federal, nesse sentido, prevê a responsabilidade solidária dos pais com os filhos, não isentando os primeiros mesmo tendo ocorrido a emancipação voluntária: “a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inciso I, do novo Código Civil”. No mesmo sentido a jurisprudência:

---

<sup>163</sup> SIMÃO, José Fernando. Op. Cit., p. 175.

Suspensão do processo. Justifica-se sustar o curso do processo civil, para aguardar o desfecho do processo criminal, se a defesa se funda na alegação de legítima defesa, admissível em tese. Dano moral. Resultando para os pais, de quem sofreu graves lesões, consideráveis padecimentos morais, têm direito a reparação. Isso não se exclui em razão de o ofendido também pleitear indenização a esse título. **Responsabilidade civil. Pais. Menor emancipado. A emancipação por outorga dos pais não exclui, por si só, a responsabilidade decorrente de atos ilícitos do filho.** STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 122573 PR 1997/0016473-0 (STJ). Data de publicação: 18/12/1998.

Esse entendimento está em estreita ligação com um dos fundamentos da responsabilidade civil dos pais: a garantia da vítima. Por não mais existir o poder familiar, o filho que cometeu o ato ilícito também poderá ser demandado, mas sem a exclusão de responsabilidade dos pais. Todavia, esse posicionamento não mantém total coerência. Fosse a garantia da vítima justificativa para todas as hipóteses de indenização, poderia se cogitar a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos maiores que vivam sob sua dependência financeira. Ora, os pais não podem sempre responder pelos atos de seus filhos, não são guardiões eternos, nem mesmo fiadores compulsórios. Se, com a emancipação, os deveres de autoridade desaparecem e não se fazem mais presente, significa que o filho consegue se autodeterminar sem qualquer interferência, tendo inteiro controle de seus atos. Uma vez ocorrida a emancipação, não mais se justifica o dever dos pais de reparar os danos provocados pelo menor já reconhecidamente maduro.

Defende-se, para uma coesão dos fundamentos ora trabalhados, que, em todos os casos de emancipação (sejam legais, seja voluntária), o pai ficará isento da responsabilidade pelos atos do filho. Isso porque não há mais espaço para o exercício da autoridade, ficando o menor autorizado, por lei, a realizar os atos pessoalmente. Todavia, se ficar constatado o exercício fático da autoridade, ainda que haja a emancipação (legal ou voluntária), persiste o dever de indenizar dos pais. Vale esclarecer que não se trata de um retorno à responsabilidade subjetiva em que se requer da vítima a prova da culpa dos pais, mas a constatação da influência de uma autoridade na vida do menor (nexo de imputação).

É o caso do menor que mantém um estabelecimento comercial, mas coabita com os pais e têm as suas economias administradas por um dos genitores. Evidente, nesse caso, a manutenção da autoridade parental, não sendo a emancipação motivo suficiente para excluir dos pais eventual dever de reparar os danos cometidos pelo menor. Também se pode cogitar a hipótese do filho que foi

emancipado voluntariamente pelos pais, mas que tem seu colégio, suas vestes e sua alimentação subsidiados pelos genitores. Sendo a autoridade patente, os pais não se desincumbem do dever de indenizar, incorrendo ainda na hipótese do artigo 932, I,.

Nos casos em que a autoridade não se faz mais presente, os filhos emancipados não contam mais com o resguardo dos pais. E, nessas hipóteses, buscar o patrimônio dos genitores para indenizar a vítima seria um garantismo exagerado que, embora favorecesse a vítima, afetaria o patrimônio dos pais pelo simples fato de serem pais – e não por serem autoridades.

Pensando na hipótese em que os pais se valem da emancipação como subterfúgio para se eximirem da responsabilidade sobre o filho indisciplinado, a correta solução seria a prova da má-fé dos pais para que lhes seja imputado o dever de indenizar. Isso porque não se pode presumir que toda emancipação voluntária parte de uma intenção dos pais de se livrarem dos efeitos da lei. Antes, a emancipação, assim como a autoridade parental, é instituto voltado para o melhor interesse do menor, com o fim de que ele exerça a sua dignidade. Se, contudo, for usada para favorecer os pais (e não o filho), caberá a vítima o ônus da prova. Concorda-se com José Fernando Simão que leciona nesse mesmo sentido:

O que se verifica é que a doutrina presume como sendo de má-fé toda e qualquer emancipação voluntária, como se fosse apenas ato de exoneração de responsabilidade. Tal interpretação se afasta do velho brocardo que: “enquanto a boa-fé se presume, a má-fé se prova”<sup>164</sup>.

A prova da má-fé, por certo, não será tarefa tranquila. Trata-se de demonstrar, por meio das circunstâncias (crê-se que o meio de prova mais hábil será o depoimento testemunhal), que a possível intenção dos pais na emancipação do filho foi afastar a responsabilidade sobre os atos do menor. Imagine-se um adolescente de dezesseis anos, emancipado, que comete furtos de forma habitual na localidade em que reside. Com o fim de buscar a indenização diretamente dos pais do meliante, a vítima poderá comprovar que a autoridade deixou de ser exercida em razão da conduta irreverente e desenfreada do menor reiteradamente observada pelos moradores da região. A emancipação, nesse caso, teria funcionado como um salvo conduto aos pais que não encontraram meios de manter o adolescente em disciplina.

---

<sup>164</sup> SIMÃO, José Fernando. Op. Cit., p. 176.

Em suma, a emancipação, em qualquer hipótese, rompe com o poder familiar e afasta dos pais o dever de reparar os danos causados pelos filhos menores. Todavia, constatado o exercício da autoridade ou comprovado o único propósito dos pais de se livrarem da responsabilidade civil, o dever paterno de reparar os danos cometidos pelos filhos menores se mantém.

Compreendida a figura do menor e os institutos da capacidade e da emancipação, importa analisar, para efeitos de responsabilidade civil, a conduta culposa do ofensor menor. O estudo merece detido exame sobre o ato ilícito e um dos seus elementos, a culpabilidade.

### 3.3 A culpa do menor

#### 3.3.1 Notas sobre o ato ilícito

Segundo o artigo 186 do atual Código Civil, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O ato ilícito, sendo fonte de obrigações, gera para o sujeito que o cometeu o dever de reparar os danos. Para que o ato se configure, necessário observar os dois requisitos mencionados pela norma: a antijuridicidade (“*violar direito*”) e a culpabilidade (*ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência*)<sup>165</sup>. Assim, o sujeito só responde pelo dano ocasionado se atuou com culpa contra uma norma jurídica. Presente o elemento da culpabilidade, percebe-se estar diante da responsabilidade civil subjetiva. É o que preleciona Marcelo Calixto:

Acredita-se ser possível afirmar que na referência ao ato ilícito está sempre compreendido o instituto da culpa ou do dolo, e por conseguinte, a responsabilidade civil por ato ilícito será sempre uma responsabilidade civil subjetiva<sup>166</sup>.

<sup>165</sup> Nesse sentido, Sergio Cavalieri: No seu aspecto objetivo, leva-se em conta para a configuração da ilicitude apenas a conduta ou fato em si mesmo, sua materialidade ou exterioridade, e verifica-se a desconformidade dela com a que o Direito queria. [...] No seu aspecto subjetivo, a qualificação de uma conduta como ilícita implica fazer um juízo de valor a seu respeito – o que só é possível se tal conduta resultar de um ato humano consciente e livre. (CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit., p. 9).

<sup>166</sup> CALIXTO, Marcelo. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 174.

A antijuridicidade se apresenta quando o sujeito viola uma norma que atribui direito a outrem. Tradicionalmente, a violação está voltada a um direito subjetivo, conforme lição de Antunes Varela:

Os direitos subjetivos aqui abrangidos (desde que o não-cumprimento, o cumprimento *tardio* e o cumprimento defeituoso dos direitos de crédito são abrangidos pela responsabilidade contratual) são principalmente, os direitos *absolutos*, nomeadamente os direitos sobre as coisas (corpóreas ou incorpóreas) ou direitos reais, os direitos de personalidade, os direitos familiares e a propriedade intelectual (direitos de autor e direitos conexos e propriedade industrial)<sup>167</sup>.

O próprio autor assume que a ideia de ato ilícito como violador de direito subjetivo resta superada, por se tratar de conceito demasiadamente estreito<sup>168</sup>. É igual a crítica de Anderson Schreiber:

A limitação da ressarcibilidade dos danos à violação de um direito subjetivo ou a qualquer outra situação jurídica subjetiva previamente especificada em lei mostra-se absolutamente incompatível com a realidade jurídica contemporânea. [...] A própria proliferação de novos interesses e de novas situações lesivas a que tem dado margem a evolução tecnológica e científica – pense-se, por exemplo, no dano por divulgação de código genético – favorece uma solução que independa da prévia atuação do legislador, infraconstitucional e que conceda ao Poder Judiciário o papel primordial na proteção da pessoa humana<sup>169</sup>.

Daí se falar, hoje, em dano injusto, abrangendo outros interesses merecedores de tutela além dos direitos subjetivos. Sendo figura mais abrangente, o dano injusto veio atender as demandas de vítimas que se viam agredidas em algum bem que não estivesse expressamente protegido. Em busca de um conceito para dano injusto, Maria Celina Bodin afirma que

o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida<sup>170</sup>.

A Constituição Federal forneceu arcabouço normativo e principiológico de proteção às vítimas. A pessoa humana, como centro do ordenamento jurídico, jamais poderia ter um interesse jurídico frustrado sem a correspondente reparação. O dano injusto, assim, passou a ser compreendido como o dano indenizável, ressarcível, decorrente da violação de um bem merecedor de tutela.

<sup>167</sup> VARELA, Antunes. Op. Cit., p. 533.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 531.

<sup>169</sup> SCHREIBER, Anderson. Op. Cit., p. 124-125.

<sup>170</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Op. Cit., p. 179.

Modernamente, pois, desvincula-se o conceito de dano da noção de antijuridicidade, adotando-se critérios mais amplos, que englobam não apenas direitos (absolutos ou relativos), mas também interesses que, porque considerados dignos de tutela jurídica, quando lesionados, obrigam à sua reparação. Eis aí a tutela ressarcitória com base na cláusula geral de responsabilidade<sup>171</sup>.

Com isso, confere-se um papel mais ativista ao Judiciário, retirando do Legislativo o papel de categorizar as espécies de dano, tornando a análise mais casuística e pontual.

Outro elemento do ato ilícito é a culpabilidade, ou seja, para que o sujeito seja obrigado a reparar o dano provocado, deverá ter agido com culpa. Seguindo a definição de Alvino Lima, a culpa “é um erro de conduta, é um desvio não intencional daquilo que comumente se pratica, um desvio da normalidade no agir ou abster-se”<sup>172</sup>. Sendo elemento subjetivo e de difícil constatação, muito se discute se seria um elemento imprescindível para configuração do ato ilícito. Sergio Cavalieri explica que o ato ilícito possui duplo aspecto: em sentido estrito, seria o conjunto dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva – conduta ilícita, culpa, nexo causal e dano. Em sentido amplo, o ato ilícito diz respeito apenas à conduta antijurídica, sem qualquer referência ao elemento subjetivo<sup>173</sup>.

Percebe-se como a própria ideia de culpa se confunde com a de ato ilícito, causando verdadeira confluência de ambos os institutos. Isso principalmente porque a culpa também admite duas abrangências: a culpa objetiva e a culpa subjetiva. No primeiro caso, a culpa seria apenas a violação de uma norma jurídica preexistente, enquanto no segundo seria exigido um discernimento mínimo do sujeito para reconhecer o desvio cometido à norma<sup>174</sup>.

Para fins do presente estudo, será tomada por base a ideia de ato ilícito como conduta antijurídica e culposa, por entender ser essa a concepção que mais se aproxima da redação do artigo 186 do Código Civil de 2002.

Partindo disso, deve-se voltar os olhos para a responsabilidade dos pais sobre os atos cometidos pelos filhos menores. Conforme já alicerçado no primeiro capítulo, a responsabilidade por fato de terceiro, embora objetivada pelo legislador civil no artigo 933, não descarta a análise do ato ilícito praticado pelo menor. No

---

<sup>171</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Op. Cit., p. 326.

<sup>172</sup> LIMA, Alvino. Op. Cit., p. 40.

<sup>173</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit., p. 11.

<sup>174</sup> LIMA, Alvino. Op. Cit., p. 29-31.

caso de atos praticados por menores, a antijuridicidade (ou a violação de um interesse merecedor de tutela) é elemento de razoável constatação. Por outro lado, a perquirição da culpa se mostra tarefa árdua e imprecisa: como avaliar a culpa de um ser em desenvolvimento, cujo discernimento pode não estar plenamente formado?

É notório que, em algumas situações, a culpa merece ser averiguada para evitar consequências inequívocas como o enriquecimento sem causa. Vale citar a apelação 70045989803 julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, nessa margem, buscou analisar a culpa do menor através das provas juntadas aos autos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. JOGO AMISTOSO. DISPUTA DE BOLA. FRATURA DE OSSO NASAL. AGRESSÃO FÍSICA DESMEDIDA. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS DECORRENTES DO PRÓPRIO FATO.

1. A responsabilidade dos pais, na constância do casamento ou união estável, em razão de atos ilícitos dos filhos menores decorre do poder familiar e este é exercido tanto por um genitor quanto pelo outro, e, assim, qualquer um deles responde pelos atos de seus filhos.

Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

**2. O conjunto probatório revela-se suficiente para demonstrar que o comportamento voluntário do filho do réu, exteriorizado por ação imprudente, agressiva e injustificada, causou ao autor dano efetivo, ocasionando fratura em osso nasal, com necessidade de intervenção cirúrgica.**

3. Os danos morais sofridos pelo autor independem de prova de prejuízo, pois decorrem do próprio evento, no qual a sua integridade física ficou gravemente violada,

Preliminar rejeitada. Apelação desprovida. (TJ-RS, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Data de Julgamento: 29/02/2012, Quinta Câmara Cível)

Trata-se de situação em que a vítima, sendo adolescente, jogava futsal em um ginásio de esportes da cidade. Num dado momento, após um drible, passou pelo ofensor que, voluntariamente, ergueu o braço com o cotovelo, atingindo-lhe o nariz. O ato do adolescente resultou em fratura dos ossos nasais e obstrução parcial das vias respiratórias da vítima. Segundo alegou o prejudicado, as lesões causadas pelo adolescente foram intencionais, motivadas pelo fato de que esse havia sido vencido na disputa pela posse de bola, e para impedir o avanço do oponente em direção ao gol, praticou o golpe. Acrescentou que a reação, além de proposital, foi desnecessária.

O ofensor, por sua vez, alegou que não praticou ato que viesse a lesionar a vítima. Ressaltou que o fato não passou de mero lance futebolístico, sendo que a conduta foi totalmente tolerada para uma disputa de bola.

Importante, nesse contexto, averiguar se o ato do adolescente foi praticado fora dos padrões tolerados para um jogo de futebol ou, se, ao contrário, houve desproporcionalidade em sua conduta. Em outros dizeres, cumpre constatar se houve culpa ou se trata de exercício regular de um direito. O relator do caso, mediante as provas, concluiu que a conduta do ofensor foi imprudente, agressiva e injustificada, configurando, dessa sorte, a culpa no ato realizado.

O tópico seguinte se ocupará de delinear mais precisamente o elemento subjetivo do ato ilícito, visando alcançar uma melhor compreensão no estudo da culpa do sujeito menor.

### 3.3.2 A culpa como elemento do ato ilícito

Termo de difícil definição, a culpa ainda não encontra unanimidade conceitual. Quando se fala em culpa, remete-se ligeiramente à ideia de comoção e pesar. Sentir-se culpado é lamentar pela conduta praticada, reconhecendo que poderia ter agido melhor. A culpa nasce no íntimo, no espírito do agente; apenas ele pode se dizer arrependido ou se mostrar pesaroso por ter agido da forma como agiu. Trata-se, portanto, de julgamento inteiramente subjetivo e pessoal. A culpa sentida por “A” pode não ser, na mesma situação, sentida por “B”, pois se manifesta como um estado de espírito.

Estando a culpa relacionada à percepção do certo e do errado, pode-se também dizer que só é possível imputá-la a quem possui pleno discernimento de seus atos. Ora, se o agente não tem razão bastante para saber que, ao manejar uma arma, esta pode vir a disparar, então não pode ser considerado culpado caso alveje outrem. O parco de entendimento não compreende bem o que faz, não possui a correta noção dos efeitos de seus atos e, por isso, não pode ser tratado como o sujeito perspicaz. Nas palavras de Alvino Lima:

É preciso que o indivíduo esteja em condições de prever e evitar o atentado ao direito de outrem, isto é, que seja dotado de inteligência e suscetível de

agir livremente, para que se possa tornar culpado de um delito ou de um quase-delito<sup>175</sup>.

No direito civil, a culpa é associada à conduta do sujeito consciente de seus atos que, podendo agir de forma prudente ou diligente, adota certa postura contrária ao padrão de cuidado esperado. Assim, admite-se, tal como no ato ilícito, dois elementos que configurariam a culpa: um elemento subjetivo (a culpabilidade do agente – falta de diligência) e outro objetivo (a antijuridicidade – desvio da norma).

Nessa linha de entendimento é que alguns autores conceituam a culpa. Segundo Marcelo Calixto, a culpa é um “erro de conduta, imputável ao agente, consistente em não adotar o cuidado que teria sido adotado pelo ser humano prudente nas circunstâncias do caso concreto”<sup>176</sup>. Sergio Cavalieri Filho, por sua vez, define culpa como “a violação do dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível”<sup>177</sup>. Para Antonio Cammarorota, a culpa é o “*elemento subjetivo del hecho ilícito, o sea la voluntad del que lo provoca o realiza en forma directa o indirecta, obedeciendo a su libre determinación*”<sup>178</sup>.

A culpa compreendida como um elemento moral sofreu grande resistência por parte dos aplicadores do Direito em razão da difícil carga probatória que pesava sobre a vítima. Conforme já se delineou no primeiro capítulo, o elemento subjetivo da responsabilidade civil veio ganhando contornos cada vez mais objetivos por meio de mecanismos que tornaram a culpa mais facilmente demonstrável.

Por um lado, a criação de padrões objetivos que identificassem a culpa significou maior conforto à vítima. De outro, tornou o elemento subjetivo distante da sua ideia original que se preocupava com a conduta do ofensor. A apreciação da culpa *in abstracto* – por meio de padrões objetivos – levou à figura do bom pai de família, ou seja, o homem diligente em seus atos. Alerta Marcelo Calixto que: “a referência genérica ao *bom pai de família* pode simplesmente inviabilizar qualquer apreciação, uma vez que se considere este um padrão único, válido para todos os quadrantes do globo e para todas as épocas”<sup>179</sup>. Passou-se, inclusive, a falar em culpa objetiva, definindo-a como um ato antijurídico, deixando de lado a análise da

---

<sup>175</sup> LIMA, Alvino. Op. Cit., p. 39.

<sup>176</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>177</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit., p. 33.

<sup>178</sup> CAMMAROTA, Antonio. Responsabilidad Extracontratual: hechos y actos ilícitos. Buenos Aires: Depalma, 1947, p. 55-56.

<sup>179</sup> CALIXTO, Marcelo. Op. Cit. p. 14-15.

diligência do agente (a culpabilidade). Nas palavras de Marcelo Calixto, houve uma revisão do conceito de culpa,

com a consagração de uma concepção *objetiva* para esta. Em verdade, a afirmação de uma culpa sem culpabilidade talvez seja o primeiro sintoma mais evidente de que o elemento subjetivo da responsabilidade civil já não mais era exigido para a imputação ao agente da obrigação de reparar o dano causado<sup>180</sup>.

Nascia, desse modo, a concepção de culpa normativa, expressa apenas pela conduta antijurídica, conforme conceitua António Menezes Cordeiro: “a mera culpa ou negligência tem sido entendida como a violação (objectiva) de uma norma por inobservância de deveres de cuidado ou, na linguagem do BGB, por violação do cuidado necessário no tráfego”<sup>181</sup>. A expressão culpa normativa surgiu para substituir o que então se denominava culpa objetiva. Isso para evita qualquer confusão com a ideia de responsabilidade objetiva, que prescinde do elemento culpa<sup>182</sup>.

Anderson Schreiber relata que, embora a prática jurisprudencial e a atuação legislativa viessem retirando a importância do elemento subjetivo, parte significativa da doutrina se insurgiu contra o fenômeno, realizando a contraofensiva da culpa:

Tal contraofensiva parte, sobretudo, daqueles que, preocupados com o excessivo afastamento da concepção ética da responsabilidade civil, vêm propor a recuperação do seu caráter sancionatório ou punitivo, em prol de um efeito dissuasivo sobre as condutas culposas<sup>183</sup>.

A criação de padrões objetivos e abstratos, desconsiderando as particularidades do caso, levava a resultados insatisfatórios, de modo que a culpa passou a ser repensada tal como originariamente concebida: como um elemento psicológico e moral. Nesse sentido, Maria Celina Bodin afirma que

A concepção antiga, a psicológica, é que era, sob certo ponto de vista, “objetiva”, em razão de reconduzir todas as situações a uma única noção, abstrata, sob o modelo do bom pai de família, isto é, um modelo invariável de diligência. Através da nova concepção existirão tantos modelos de diligência quantos forem os tipos de conduta (profissional, desportiva, na direção de veículos, etc.) presentes no contato humano, de modo que os parâmetros, entre os tipos, serão variáveis (e diz-se que foram “subjetivados” ou relativizados). Isto é o que permite que se estabeleçam

<sup>180</sup> CALIXTO, Marcelo. Op. Cit., p. 152.

<sup>181</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2010. IV t. T. III, p. 472.

<sup>182</sup> SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. Op. Cit., p. 35.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 48.

padrões – *standards* – de conduta que exigirão do agente um comportamento judicioso, o qual variará em cada situação, consideradas sua profissão e demais circunstâncias pessoais<sup>184</sup>.

Admite-se, para os fins do presente trabalho, que a culpa guarda consigo a ideia de consciência do agente. Mesmo com toda a tentativa de padronizar ou objetivar a culpa, ela não se desvincula do seu elemento subjetivo. Fosse assim, as condutas seriam analisadas sempre a partir da antijuridicidade, criando verdadeira indistinção entre culpa e ato ilícito. A culpa tem relevância especialmente quando se trata do ato cometido por incapazes, visto que, nesses casos, a configuração do ilícito variará de acordo com o grau de discernimento do agente. Somente a partir do desenvolvimento psicológico do sujeito é que se determinará se a sua conduta foi ou não culposa. Resguarda-se desse tema para tratá-lo em tópico posterior com mais vagar.

### 3.3.3 O Código Civil de 1916 e a equiparação dos menores púberes aos maiores

A responsabilidade civil dos pais, segundo os artigos 1.251, I e 1.523 do revogado Código Civil<sup>185</sup> dependia da análise de culpa. Se o filho menor cometesse ato ilícito, o ressarcimento do dano seria de responsabilidade dos pais, devendo a vítima provar a culpa dos mesmos. Vale lembrar que, à época do Código Civil de 1916, considerava-se menor todo aquele com idade abaixo de 21 anos que, por força de lei, estaria à sombra do pátrio poder.

O fundamento para a responsabilidade civil subjetiva dos pais estava assentada no dever de vigilância e educação ínsita ao pátrio poder. Conforme bem coloca Clarissa Costa de Lima:

A responsabilidade dos pais pelos atos de seus filhos tem como fundamento a falta de vigilância dos pais que descumpriram ou não cumpriram bem os deveres de educar, orientar e velar pelo procedimento dos filhos a fim de que tenham uma conduta socialmente adequada que não cause dano a ninguém<sup>186</sup>.

<sup>184</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Op. Cit., p. 213.

<sup>185</sup> Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

I. Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.

Art. 1.523. Excetadas as do art. 1.521, nº V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.

<sup>186</sup> LIMA, Clarissa Costa de. *Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos no antigo e no novo Código Civil*, In: Revista AJURIS, v. 31, n. 96. Porto Alegre: AJURIS, 2004, p. 56.

O Decreto nº 17.943-A de 1927, instituidor do Código de Menores, remodelou a sistemática adotada pelo Código Civil de 1916. A prova da culpa dos pais deixou de ser um ônus da vítima. Assim, criou-se um sistema de presunção legal em que, havendo dano decorrente de ato ilícito praticado por menor, os pais seriam responsáveis, salvo se demonstrassem não terem agido com culpa<sup>187</sup>. Isto é, poderia a presunção ser afastada caso os responsáveis provassem que não faltaram com o dever de vigilância sobre o filho menor.

O artigo 156 do antigo Código civilista trazia que “o menor, entre dezesseis e vinte e um anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado”. A referida norma realizou uma cisão no sistema de responsabilidade dos pais. Os filhos entre dezesseis e vinte e um anos, embora submetidos ao pátrio poder, eram equiparados aos maiores quando houvessem praticado ato ilícito. Respondiam, portanto, por culpa própria, seguindo a regra do artigo 159 do mesmo diploma legal<sup>188</sup>.

No entanto, dúvida se levantava acerca de como se daria a responsabilidade dos pais no caso dos atos cometidos pelos filhos impúberes (menores de dezesseis anos) e no caso dos filhos púberes (maiores de dezesseis e menores de vinte e um). No que tange aos filhos impúberes, um primeiro entendimento seguia no sentido de que a responsabilidade dos pais era direta, pois respondiam por culpa própria ante a falta de vigilância sobre o menor. Nesse sentido, Clarissa Costa de Lima:

não é pressuposto da responsabilidade [segundo o Código Civil de 1916] a culpa do menor, a culpa e a responsabilidade são próprias do genitor, não havendo que se perquirir se os menores são delitualmente capazes ou não<sup>189</sup>.

Por outro lado, um segundo entendimento apontava que a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos impúberes era indireta, visto que necessário comprovar o ato ilícito praticado pelo menor. Era o posicionamento defendido à época por Mário Moacyr Porto:

---

<sup>187</sup> Versava o artigo 68, §4º do Decreto 17.943-A que “são responsáveis pela reparação do dano civil causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumbia legalmente a sua vigilância, salvo se provar que não houve de sua parte culpa ou negligência”.

<sup>188</sup> Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

<sup>189</sup> LIMA, Clarissa Costa de. Op. Cit., p. 56.

é a regra universalmente aceita a de que, se o dano não resultou de ato 'culposo' do menor, os pais não respondem pelo dano, ainda que nos pareça certo que os pais respondem pela sua própria culpa e não pela culpa dos seus filhos menores<sup>190</sup>.

E arremata: "incumbe ao ofendido provar a 'culpa' do menor. Presumida é apenas a culpa dos pais". Na mesma toada manifestou Alvino Lima:

Tratando-se [...] de ato praticado pelo filho menor com capacidade de querer e de entender, uma vez verificada a sua culpa, surge a sua responsabilidade direta, e automaticamente, por atribuição jurídica, a responsabilidade indireta do genitor, cuja culpa se presume *juris tantum*<sup>191</sup>.

Também não era pacífica a análise da culpa do menor. Orlando Gomes defendia que, se o incapaz de tenra idade pratica ilícito, não possui discernimento para fins de análise do elemento culpa. Portanto, "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 pressupõe a ilicitude no ato de quem causa prejuízo"<sup>192</sup>. Seguindo o entendimento do mestre baiano, o ato de um impúbere sem qualquer discernimento seria equiparado a um fortuito, não devendo os pais responder pelos prejuízos dele advindos. Em discordância, Mário Moacyr Porto sustenta que "se o menor impúbere comete um dano injusto, presume-se que os seus pais não o educaram convenientemente ou sobre ele não exerceram uma vigilância eficaz, pelo que se presume a sua culpa, até que o contrário fique demonstrado"<sup>193</sup>. Desse modo, não ficariam isentos os pais da responsabilidade pelo ato do filho menor.

No que tange à responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos púberes, a doutrina igualmente não andava em sintonia. Corrente representada por Aguiar Dias defendia a responsabilidade solidária entre pais e filhos e afirmava que

a responsabilidade paterna, como decorrente do pátrio poder, não depende de ser ou não imputável o filho. Assim, em nada influi que o menor de mais de 16 anos, nos termos do art. 156 do CC, esteja, para efeito de ato ilícito, equiparado ao maior<sup>194</sup>.

Gelson Amaro de Souza caminhava no mesmo sentido, apontando como fundamento o artigo 1.518, parágrafo único que apresentava a seguinte redação:

<sup>190</sup> PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos menores. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 555, n. 71, p. 14-25, jan. 1982, p.11.

<sup>191</sup> LIMA, Alvino. Op. Cit., p.41.

<sup>192</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 356.

<sup>193</sup> PORTO, Mário Moacyr. Op. Cit., p. 12.

<sup>194</sup> DIAS, Aguiar *apud* PORTO, Mário Moacyr. Op. Cit., p. 13.

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

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis como autores os cúmplices e as pessoas designadas do artigo 1.521

Ao defender a tese de que haveria responsabilidade solidária entre o pai e o filho púbere, explica o mencionado autor:

A solidariedade entre pai e filho está afirmada no *caput* de forma implícita, ao dizer a norma que o autor do ato responde com seus bens – não deixa de ser responsável. Completa, este entendimento, o parágrafo único, ao dizer com todas as letras serem solidariamente responsáveis com o autor as pessoas mencionadas no art. 1.521 do mesmo CC<sup>195</sup>.

A responsabilidade solidária facilitaria a cobrança de perdas e danos pela vítima que poderia optar entre buscar o ressarcimento diretamente do causador do ilícito ou de seu genitor.

Em orientação diversa, Mário Moacyr Porto sustenta que “a presunção de culpa ou de responsabilidade dos pais em relação aos filhos não abrange aqueles que, por lei, são considerados maiores”<sup>196</sup>. Explica que se o pai ainda se vinculasse aos efeitos do ilícito praticado pelo menor, o artigo 156 não teria efeitos práticos. Sua defesa era no sentido de que o menor púbere deveria responder pessoalmente pelos seus atos.

Mesmo tendo se operado a revogação da Lei 3.071 de 1916 (Código Civil de 1916), importante anotar que o legislador da época já entendia que menores púberes possuíam discernimento suficiente para compreensão dos seus atos, tendo sido, inclusive, equiparados a maiores capazes. Implica também dizer que já havia certo reconhecimento de que os chamados “grandes adolescentes” pouca influência sofriam do pátrio poder, gozando de certa liberdade. Embora o artigo 156 não tenha sido reproduzido no Código Civil de 2002, a ideia não deixa de ser forte referência para o tema da responsabilidade civil dos pais segundo o atual diploma civilista.

---

<sup>195</sup> SOUZA, Gelson Amaro de. Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n.778, p. 59-90, ago., 2000, p. 72.

<sup>196</sup> PORTO, Mário Moacyr. Op. Cit., p. 13.

### 3.3.4 O discernimento do menor segundo o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente

Embora a lei civil tenha afastado a capacidade dos menores de dezoito anos, reconheceu, em algumas situações, a possibilidade de o menor praticar atos válidos na esfera civil. Implica dizer que o legislador atribuiu vontade aos menores, atestando que é possível se falar em discernimento ainda que esse seja presumidamente inexistente.

Para o legislador civil, o maior de dezesseis anos não pode se eximir de uma obrigação invocando a sua idade quando dolosamente a ocultou ou declarou-se maior (art. 180). Dessa forma, responderá pessoalmente pela obrigação contraída em próprio nome. Também o maior de dezesseis anos pode ser admitido como testemunha (art. 228, I) e como mandatário (art. 666), além de possuir capacidade para testar (art. 1.860, parágrafo único). Importante notar que, no *caput* do artigo 1.860 o legislador diz que não podem testar aqueles que não possuem discernimento e, no parágrafo único, assume que os maiores de dezesseis anos podem testar. Isto é, considera-se que o relativamente incapaz possui necessário discernimento para dispor dos seus bens para depois da morte.

Com isso, resta claro que o Código Civil, embora retire a capacidade dos menores de dezoito anos, não deixa de registrar que, em alguns casos, o menor possui desenvolvimento mental bastante para a prática de atos. Daí não ser acertado vincular a menoridade à ausência total de consciência, seja para a prática de atos lícitos, seja para a análise da culpa em caso de ato ilícito.

É verdade que, quanto às crianças de tenra idade, difícil reconhecer nelas a aptidão para uma correta autodeterminação, vez que a cisão entre o mundo real e o mundo fantástico ainda não foi realizada. A percepção da realidade, nessa fase, ocorre com distorções e, portanto, não se pode mesmo considerar haver consciência dos próprios atos. Nessa linha são as palavras do psicólogo Heinz Werner:

Para a criança, a realidade do sonho e o mundo de vigília são relativamente pouco diferenciados. As crianças precisam aprender a distinguir entre o sonho e a realidade da vigília. Nesse estágio, a realidade da vigília frequentemente apresenta algumas das características peculiares do sonho; os acontecimentos do mundo da vigília frequentemente apresenta algumas das características peculiares do sonho; os acontecimentos do mundo da vigília, por exemplo, são imediatamente representáveis por meio das emoções de medo e de desejo. Alguns exemplos esclarecedores desse

poder de representação do desejo demonstrarão até que ponto é menos definida a transição do sonho para o mundo de vigília da realidade. Uma menina de 4 anos e 2 meses sem querer joga sua lousa no chão. Olho zangado para ela, e imediatamente diz com toda seriedade: “Foi o gato que derrubou!”. Neste caso não havia brinquedo. Pode-se dizer que o desejo de culpar alguém se realizou espontaneamente. (Do ponto de vista do adulto isso é absurdo, pois eu vi o acontecimento claramente, e a criança certamente o sabia)<sup>197</sup>.

Arremata com o alerta de que, para a criança, sonho e realidade se misturam, visto que sua percepção está muito mais centrada do ego e no afeto:

Aparentemente, as realidade da consciência da vigília da criança estão mais próximas do *sonho*, na medida em que suas imagens mentais são muito mais centralizadas no ego e são mais frequentemente representadas por meio de afeto do que no caso do adulto. É por isso que tão frequentemente encontramos casos de uma transição ininterrupta do sonho para a realidade<sup>198</sup>.

Não é possível precisar, por critérios abstratos, quando uma criança atingiu a maturidade. O desenvolvimento é pessoal e depende de fatores que não podem ser controlados ou previstos, tais como a personalidade da criança, sua vida social, a educação dada pelos pais, as influências do meio que vive, etc. Dante Moreira Leite atenta para a insuficiência dos vários critérios de definição de maturidade existentes:

A existência de vários critérios para a definição de maturidade e a suposição de que talvez ninguém seja maduro em todos os aspectos importantes do comportamento podem dar uma ideia do que se entende por desenvolvimento normal. A pessoa intelectualmente madura e até extraordinária pode ser emocionalmente imatura; a que demonstra maturidade emocional pode ter “pontos fracos” na vida social, nas relações interpessoais, e assim por diante. Essas observações também demonstram como os critérios de maturidade são em grande parte determinados pela vida social e, em última análise, podem não ser os critérios mais importantes para a avaliação da importância ou da significação de uma vida<sup>199</sup>.

Não restam dúvidas de que a consciência do menor não está atrelada a uma idade específica; antes varia de indivíduo para indivíduo, podendo ser atingida em sua plenitude aos dezoito anos, como pode ser obtida bem antes ou mesmo depois.

<sup>197</sup> WERNER, Heinz. O mundo visto pela criança. In: LEITE, Dante Moreira (Org.). *O desenvolvimento da criança*. 3 ed. São Paulo: Ed. UNESP, 2010, p. 222.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 223.

<sup>199</sup> LEITE, Dante Moreira. *A criança retardada*, In: LEITE, Dante Moreira (Org.). *O desenvolvimento da criança*. 3 ed. São Paulo: Ed. UNESP, 2010, p. 380.

O Estatuto da Criança e do Adolescente confere espaço para a criança e o adolescente exercerem sua autodeterminação. O artigo 161, §3º estabelece a oitiva do menor nos casos de modificação de guarda, respeitando o estágio de desenvolvimento e grau de compreensão da criança ou do adolescente envolvido. Também o artigo 45, §2º trata do necessário consentimento do adotando maior de doze anos na prática de adoção<sup>200</sup>. O artigo 28, §1º igualmente estabelece a oitiva do menor nos casos de colocação em família substituta<sup>201</sup>. No artigo 16 encontra-se a previsão de diversos direitos conferidos à criança e ao adolescente, dentre eles a liberdade de crença, de opinião e de expressão<sup>202</sup>. Por fim, e não menos importante, o artigo 116 traz o dever de reparar o dano pelo adolescente que comete ato infracional com reflexos patrimoniais<sup>203</sup>. Esse artigo dá mostras de que o menor pode responder civilmente pelos próprios atos, ou, em outros dizeres, pode apresentar discernimento bastante para a prática de ilícito.

Percebe-se que a Lei 8.069/90, caminhando em sintonia com os princípios consolidados na Constituição Federal de 1988, busca a vontade do menor no caso conflituoso. E, ao prever a reparação do dano pelo próprio adolescente que cometeu ato infracional, admite, com sua responsabilidade pessoal, a possibilidade da análise da culpa.

Alvino Lima assente com a busca pelo discernimento do menor conforme seus estágios de desenvolvimento. No âmbito da culpa, o autor traz a expressão “capacidade natural” para contrapor à capacidade jurídica delimitada pela faixa

---

<sup>200</sup> Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.  
§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

<sup>201</sup> Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

<sup>202</sup> Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;

VI - participar da vida política, na forma da lei;

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação.

<sup>203</sup> Art. 116. 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.

Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

etária. A capacidade natural nada mais seria do que a maturação do menor exprimida em uma situação concreta e real:

Tratando-se, porém, do menor dotado de capacidade de entender e de querer, tendo, portanto, consciência dos atos que pratica, podendo prever e avaliar as consequências dos seus atos; sendo um “homem capaz de distinguir o bem do mal”, na expressão adotada pelo art. 1.053 do Código Civil da Província de Quebec, a culpa do aludido menor pode verificar-se, a fim de determinar-se a natureza jurídica da respectiva responsabilidade, em face do seu genitor<sup>204</sup>.

Antunes Varela corrobora o entendimento ao afirmar a possibilidade de uma capacidade que permite ao agente controlar os seus próprios atos:

Não está inteiramente excluída a responsabilidade das pessoas que, por carência de capacidade de exercício, não possuem uma vontade juridicamente relevante no domínio dos negócios jurídicos, contanto que tenham *capacidade natural de entendimento e de acção*<sup>205</sup>.

Essa capacidade natural seria, portanto, atestada concretamente, e não por modelos abstratos que poderiam, facilmente, significar uma fuga da realidade. É assim a lição de Ana Carolina Brochado e Renata Rodrigues:

Frisamos que a falta de discernimento do menor não deve ser presumida, mas casuisticamente investigada, considerando o grau de desenvolvimento emocional, psíquico, vez que reconhecer a ausência de autonomia em um indivíduo tem como *ratio* sua própria proteção e deve existir quando não houver discernimento<sup>206</sup>.

Identificar o discernimento do menor para fins de constatação do ato ilícito não é uma tarefa eminentemente jurídica. Por óbvio que o julgador do caso deverá contar com o auxílio de outras áreas do conhecimento, sem deixar de se valer das balizas legislativas. Importante, portanto, tentar delinear alguns possíveis contornos para facilitar a atuação do aplicador do direito.

### 3.3.5 Parâmetros para a delimitação da culpa do menor

#### A) O papel da culpa no ato ilícito praticado pelo menor

Parte da doutrina sustenta que o menor, sendo incapaz e sem discernimento para os atos da vida civil, não possui suficiente discernimento para a

<sup>204</sup> LIMA, Alvino. Op. Cit., p. 40.

<sup>205</sup> VARELA, Antunes. Op. Cit., p. 529.

<sup>206</sup> TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado e RODRIGUES, Renata de Lima. Op. Cit., p. 48.

prática de atos ilícitos. Desse modo, em caso de dano praticado por menor, caberia apenas a prova do nexa causal entre a conduta do agente e o dano provocado. É o posicionamento de Heloisa Helena Barboza quando disserta sobre a responsabilidade civil do incapaz:

Considerando que se exige tão somente o nexa causal entre o ato do menor e o dano, podemos afirmar que a responsabilidade do menor relativamente incapaz é objetiva. Outro não pode ser, aliás, o entendimento. Seria odioso reconhecer-se a capacidade tão só para o ilícito. Se não se reconhece discernimento ao menor para a prática de atos lícitos, não se há de reconhecê-lo para o ilícito. Se não há discernimento, não há culpa entendida como elemento subjetivo do ilícito. Não há, em última análise, ato ilícito<sup>207</sup>.

Nesse sentido, Gisela Sampaio da Cruz também noticia: “as ações do menor e do louco não são culposas, mas na opinião de grande parte da doutrina podem suprimir a cadeia causal”<sup>208</sup>. Alguns tribunais, caminhando na mesma margem, julgam a responsabilidade civil dos pais a partir do nexa entre a conduta do filho e o dano ocasionado, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. MENINA DE SEIS ANOS DE IDADE QUE TEVE O SEU OLHO DIREITO ATINGIDO PELO ARREMESSO DE UMA PEDRA, EFETUADO COM O USO DE UM ESTILINGUE, PELO FILHO DO DEMANDADO. PROVAS VEROSSÍMEIS DA AUTORIA. CONDUTA ILÍCITA CARACTERIZADA E QUE ACARRETOU A PERDA DA VISÃO DA AUTORA, BEM COMO O CONSEQÜENTE DANO ESTÉTICO. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO DEMONSTRADOS. POR OUTRO LADO, LEVANDO-SE EM CONTA A INCAPACIDADE ABSOLUTA DO AUTOR DO FATO PARA RESPONDER PELO ATO PRATICADO, APLICA-SE O DISPOSTO NOS ARTS. 932, I., E 933, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PAI DA CRIANÇA AUTORA DO ATO ILÍCITO. IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PELO RISCO. SENTENÇA REFORMADA NO QUE TANGE AO QUANTUM INDENIZATÓRIO. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. READEQUAÇÃO DAS VERBAS INDENIZATÓRIAS NO TOCANTE À CORREÇÃO MONETÁRIA E AOS JUROS MORATÓRIOS. PEDIDO IMPLÍCITO. 1. APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELO DEMANDADO. **Há provas verossímeis nos autos quanto à autoria do ato ilícito. Conduta praticada pelo menino, filho do demandado, que teria, efetivamente, arremessado uma pedra no olho da autora utilizando um ‘bodoque’. Configurado, nestes termos, o nexa causal entre a conduta ilícita e o dano resultante.** Pressupostos da responsabilidade civil por ato ilícito caracterizados. No entanto, levando-se em conta que o menino era absolutamente incapaz no momento do fato, deve responder pela indenização o seu pai, nos termos dos arts. 932, I., e 933, ambos do Código Civil. Responsabilidade civil objetiva paterna que

<sup>207</sup> BARBOZA, Heloisa Helena Gomes. *Responsabilidade civil do menor alienado*. 1998. 93f. Tese de livre-docência – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998, p. 73-74

<sup>208</sup> CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 169.

acarreta o dever de indenizar os danos morais e materiais sofridos. Imputação da responsabilidade pelo risco. Apelo desprovido. 2. RECURSO ADESIVO PROPOSTO PELA AUTORA. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO FIXADA A TÍTULO DE DANOS MORAIS. O dano moral decorrente de ato ilícito deve ser considerado in re ipsa, conforme entendimento uníssono desta Colenda Câmara. Precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça (...omissis...). NEGARAM PROVIMENTO AO APELO INTERPOSTO PELO DEMANDADO E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO PROPOSTO PELA PARTE AUTORA. UNÂNIME. (Apelação Cível, nº 70011941028, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, julgado em 14/12/2005).

Cabe advertir, porém, que desconsiderar a culpa do menor poderia enriquecer a vítima indevidamente. Isso porque o menor, sendo possível detentor de discernimento como já restou afirmado, poderia agir diligentemente e o dano, ainda assim, sobrevir à vítima. Fosse o nexa causal elemento suficiente para a responsabilidade dos pais, estes arcariam com o prejuízo causado à vítima, mesmo inexistindo culpa do ofensor. Imaginando essa hipótese, o menor sem culpa sofreria indiretamente os efeitos da responsabilidade civil, visto que a indenização da vítima seria buscada no patrimônio familiar, podendo afetar a situação econômica de todo o grupo.

A análise da culpabilidade do agente ofensor serviria, dessa forma, como proteção ao menor. Se for ele diligente, o ato praticado não pode ser considerado ilícito, logo não desencadearia no dever de reparar eventuais danos. Se fosse desconsiderada a análise da culpa, o menor cuidadoso que viesse a prejudicar outrem seria sancionado pelo simples fato de ser menor e, presumidamente, sem consciência.

Ao mesmo tempo em que a investigação do elemento subjetivo confere mais autonomia ao menor, tratando-o como um ser em desenvolvimento, mas nem por isso isento de consciência, também serve como filtro a evitar o enriquecimento sem causa da vítima.

Imagine-se o seguinte exemplo: Carlos, adolescente de dezesseis anos, faz uso da sua bicicleta para realizar o trajeto entre sua residência e o colégio. Determinado dia, Carlos está trafegando devidamente pela ciclovia quando é surpreendido por uma forte câimbra na perna. Perdendo o equilíbrio que tinha sobre a bicicleta, acaba por atingir uma senhora que caminhava ao lado, causando-lhe danos. No caso narrado, correto analisar as circunstâncias presentes: primeiro se o menor tinha condições de compreender seus atos; sendo a resposta positiva, caberia averiguar se o desvio da bicicleta poderia ser evitado ou, não sendo

possível, se haveria como prever a passagem de um pedestre naquele lugar. Constatado que não houve displicência na conduta do menor, equivocado seria atribuir qualquer responsabilidade a seus pais.

A culpa do menor, nesse aspecto, não pode ser vislumbrada como um padrão abstrato de conduta. Não se pode cogitar em uma figura como a do “*bom rapaz*” ou da “*moça diligente*”. O elemento subjetivo deve ser minuciosamente investigado, a ponto de denunciar a culpabilidade do agente conforme seu desenvolvimento mental.

Deve-se buscar o equilíbrio entre os dois interesses que se encontram em jogo: a situação da vítima e o melhor interesse da criança e do adolescente. Para o primeiro caso, a objetivação da responsabilidade dos pais vem atender os anseios, afastando a necessidade de averiguação da conduta dos responsáveis pelo menor. Para o segundo caso, a persistência da análise da culpa do ofensor se revela confluyente com a proteção do incapaz, seja para evitar o decréscimo patrimonial injustificado de sua família, seja para reconhecer que, embora esteja em formação, possui discernimento suficiente para agir em certas circunstâncias.

Não é arriscado afirmar que, nos casos de atos praticados por menores, tão mais relevante se faz a análise da culpa justamente para a comprovação de que o ato se deu de forma consciente. Assim, havendo discernimento bastante do menor que agiu de forma diligente, não persistiria a responsabilidade dos pais, por inexistir ato ilícito; de outro lado, havendo discernimento do menor que agiu de forma desarrazoada, responderiam os pais ante a configuração do ilícito civil.

#### B) A aferição da culpa do menor

Problema que se insurge, de ordem pragmática, é como aferir a culpa do menor. Várias são as propostas doutrinárias para se chegar a um resultado satisfatório. Mário Moacyr Porto afirma que a culpa deve ser analisada objetivamente, segundo circunstâncias externas:

se provado ficar que o ato do menor privado de discernimento, abstratamente considerado, não violou nenhuma obrigação preexistente, forçado é convir que a ação promovida pela vítima contra o pai do menor inimputável deverá ser prontamente repelida.

Conclui que não seria correto atribuir responsabilidade aos pais se a prática do ato danoso “não vulnerou nenhuma norma jurídica”<sup>209</sup>. Percebe-se que, por esse entendimento, retira-se o elemento subjetivo da culpa, mantendo apenas a antijuridicidade da conduta. É nesse sentido a noção de *faute* dos franceses que “não exige a noção de discernimento ou imputabilidade, mas apenas o elemento objetivo, ou seja, a prática de um comportamento que não é aceito pela sociedade (ilícito)”<sup>210</sup>.

Outra solução, proposta por José Fernando Simão, seria aproximar o ato do incapaz a um ato de pessoa capaz. Trata-se de criar um modelo de abstração de conduta (culpa *in abstracto*). No entanto, o próprio autor admite tratar-se de uma ficção jurídica, por impossibilidade fática de se equiparar pessoas de idades muito tenras a outras de idades mais avançadas:

Para a verificação se há ou não o dever de indenizar por parte do incapaz, por ficção jurídica, este é considerado capaz e imputável e, assim, verifica-se o ato ilícito praticado como se tivesse sido feito por pessoa adulta em pleno gozo de suas funções e com o discernimento perfeito. Trata-se de ficção evidente, pois não se imagina que um menor com 10 anos de idade tenha igual discernimento que uma pessoa capaz, com mais de 50 anos de vida<sup>211</sup>.

Também é o parecer de Antunes Varela ao dizer que o incapaz “responde apenas nos termos em que responderia, se fosse imputável e praticasse o mesmo fato”<sup>212</sup>. Dessa forma, por analogia de condutas, pretende-se chegar à análise da culpa do menor. É possível antever que o prognóstico é arriscado, podendo levar a sérias injustiças no caso concreto. Isso porque o desenvolvimento mental do menor, quando comparado ao do agente maior, se mostra em desvantagem, não se podendo exigir a mesma conduta de ambos. Assim também se posiciona Jeovanna Viana:

basta apenas que o lesado prove que o menor não empregou o grau de diligência que razoavelmente se esperaria de alguém com idade igual à sua. Neste caso, poderá este ser isento da responsabilidade em situações que o adulto não seria, já que a sua diligência é comparada com a de alguém da sua mesma faixa etária<sup>213</sup>.

<sup>209</sup> PORTO, Mário Moacyr. Op.Cit., p. 13.

<sup>210</sup> SIMÃO, José Fernando. Op. Cit., p. 129.

<sup>211</sup> Ibidem, p. 135.

<sup>212</sup> VARELA, Antunes. Op. Cit., p. 565.

<sup>213</sup> VIANA, Jeovanna. Op. Cit., p. 141.

Os modelos abstratos de conduta e até mesmo a concepção de culpa objetiva não se manifestam no sentido da proposta do presente trabalho. Conforme já se defendeu, a análise da culpabilidade do menor, em seu aspecto subjetivo, se mostra mais condizente com o ordenamento, na medida em que reconhece a autodeterminação do incapaz.

Com fins de aferir a culpa do menor, pode-se buscar amparo nos princípios europeus de direito da responsabilidade civil, dentre os quais se reconhece, para efeitos do dever de indenizar, a análise da conduta do agente conforme sua idade e sua formação psíquica:

### Título III. Fundamentos da Responsabilidade

#### Capítulo 4. Responsabilidade por culpa

##### Secção 1. Requisitos da responsabilidade por culpa

###### Art. 4:101. Culpa

A pessoa que, intencionalmente ou por negligência, violar o padrão de conduta exigível responde por culpa.

###### Art. 4:102. Padrão de conduta exigível

(1) O padrão de conduta exigível corresponde ao de uma pessoa razoável colocada nas mesmas circunstâncias e depende, especialmente, da natureza e valor do interesse protegido em questão, da periculosidade da actividade, da perícia que é de esperar da pessoa que a exerce, da previsibilidade do dano, da relação de proximidade ou da particular confiança entre as partes envolvidas, bem como da disponibilidade e custos de métodos preventivos ou alternativos.

(2) O padrão de conduta pode ser ajustado em função da idade, de deficiência psíquica ou física, ou quando, devido a circunstâncias extraordinárias, não se possa legitimamente esperar que a pessoa em causa actue em conformidade com o mesmo.

(3) As disposições que prescrevem ou proíbem uma determinada conduta devem ser tomadas em consideração a fim de se estabelecer o padrão de conduta exigível.

A proposta é da apreciação da culpa *in concreto*, podendo-se tomar como base, inclusive, a idade do menor com o fim de analisar a sua conduta nas circunstâncias do caso que se expõe. Haveria, pois, de se investigar toda a compleição moral do agente, permitindo-se concluir se houve ou não culpa na prática do ilícito civil. Trata-se de aferir a capacidade natural do menor, aquela que envolve a compreensão de seus próprios atos e de suas consequências. Nessa linha, Jeovanna Viana atesta:

É preferível que os tribunais estabeleçam, caso a caso, se o menor tem ou não discernimento, pois a fixação de uma idade pode levar a muitas

injustiças, fazendo com que menores dotados de discernimento sejam considerados irresponsáveis e menores que não o tenham sejam havidos como responsáveis, embora seja este o critério mais utilizado no direito penal<sup>214</sup>.

A jurisprudência brasileira, seguindo esse entendimento, vem considerando as particularidades do caso, com o fim de atestar se houve ou não culpa do agente menor:

“no caso em tela, desincumbiu-se o autor de seu ônus, porquanto demonstrou que **foi agredido, de forma intencional, pelo filho do demandado**”<sup>215</sup>.

“A tese de culpa concorrente não merece guarida, uma vez que conforme os relatos, foi o requerido quem deu causa à discussão e à agressão. Ademais, sequer há notícias de que o demandado também foi agredido pelo requerente da forma como o agrediu. Ainda que tenha refutado a provocação do autor (o que sequer restou comprovado), **o demandado certamente reagiu de forma desproporcional**”<sup>216</sup>.

Mas é defensável a análise da capacidade natural de crianças de tenra idade? É necessário mover todo o aparelho estatal – juiz, psicólogos, assistentes sociais, etc. – para constatar que uma criança de dois anos não possui discernimento, ou seja, constatar o óbvio? Por certo que não. Para tanto, é necessário que se conte com certo marco etário apontado em lei. O Código Civil alemão, por exemplo, admite a análise do discernimento dos maiores de sete anos. Assim, se o agente causador do dano tem até sete anos, não há que se falar em responsabilidade civil; se o agente tem entre sete e dezoito anos, não haverá responsabilidade civil, se não possuir capacidade de compreender seus atos<sup>217</sup>.

O legislador civil brasileiro não deixou nenhuma baliza capaz de auxiliar na análise do discernimento do menor para a prática de ilícitos. Assim, resta a pergunta: a partir de qual idade seria possível reconhecer um mínimo de

<sup>214</sup> VIANA, Jeovana. Op. Cit, 214.

<sup>215</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação 70045989803. Min. Rel. Romeu Marques Ribeiro Filho, j. 29/02/2013, p. 09/03/2012.

<sup>216</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação 70047811476. Min. Rel. Desa Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 18/07/2012, p. 25/07/2012.

<sup>217</sup> Section 828 - Minors

(1) A person who has not reached the age of seven is not responsible for damage caused to another person.

(2) A person who has reached the age of seven but not the age of ten is not responsible for damage that he inflicts on another party in an accident involving a motor vehicle, a railway or a suspension railway. This does not apply if he intentionally caused the injury.

(3) A person who has not yet reached the age of eighteen is, to the extent that his responsibility is not excluded under subsection (1) or (2), not responsible for damage he inflicts on another person if, when committing the damaging act, he does not have the insight required to recognise his responsibility.

discernimento, a ponto de se caracterizar presença de culpa no ato cometido? No Código Civil anterior, o menor com idade igual ou superior a 16 anos era equiparado ao maior, segundo o artigo 156. Compreendia-se, portanto, que a partir dos dezesseis anos era possível atestar o discernimento para fins de constatação do ato ilícito.

Não havendo dispositivo equivalente no atual Estatuto Civil, possível se faz a utilização do artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) como parâmetro. Referida norma, conforme já analisada, permite a responsabilidade do menor adolescente pelas consequências civis dos atos infracionais por ele praticados. Nessa senda, Marcelo Calixto afirma:

Considerando agora o disposto na Lei 8.069/90, parece possível afirmar que os maiores de 12 (doze) anos já possuem o necessário discernimento para que possam responder pelos danos que causem, tendo assim a chamada capacidade *natural*. De fato, embora nesta última hipótese a responsabilidade esteja restrita aos danos decorrentes de *atos infracionais*, é perfeitamente defensável sua extensão às demais hipóteses de danos praticados por adolescentes<sup>218</sup>.

O adolescente, segundo artigo 2º do ECA é aquele entre doze e dezoito anos de idade<sup>219</sup>. Ora, se a lei especial faz acreditar que o menor com doze anos completos poderá ressarcir o dano causado à vítima, mister reconhecer essa idade como o marco para a análise do discernimento do menor. Assim, caberá ao juiz averiguar, mediante não só provas, mas com o auxílio de psicólogos, pedagogos e assistentes sociais, se o adolescente estava ciente dos efeitos de sua conduta no momento em que a praticou. Sendo a resposta afirmativa, possível será investigar a culpa para fins de responsabilidade civil dos pais.

Seriam, portanto, dois momentos para a caracterização da culpa do menor: 1º) análise do discernimento do adolescente; 2º) análise do seu comportamento e do grau de diligência empenhado.

No que tange aos infantes de tenra idade, não haverá espaço para a avaliação da culpa, por inexistir qualquer norma que atribua ao menor de doze anos discernimento acerca do ato ilícito praticado. A responsabilidade objetiva dos pais, em tais casos, prescindirá da culpa do agente ofensor. Bastará, portanto, o ato danoso cometido pelo menor para que se atribua aos pais a obrigação pelo

---

<sup>218</sup> CALIXTO, Marcelo Junqueira. Op. Cit., p. 45.

<sup>219</sup> Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

ressarcimento dos danos à vítima; em outros termos, suficiente será a prova do nexo de causa entre a ofensa e dano.

Já no que tange aos menores entre doze e dezoito anos, necessária será a aferição de culpa, tomando por base o grau de discernimento do ofensor no caso em análise. Se o menor que praticou ato culposo possuir discernimento suficiente, haverá consequente responsabilidade dos pais. Por outro lado, se comprovado o discernimento do menor, não houver culpa configurada, não há que se falar em indenização da vítima. Por fim, se não constatado qualquer discernimento do menor entre doze e dezoito anos, responderão os pais ante a prova do nexo causal. E isso porque, não havendo meios de se aferir culpa de um sujeito sem discernimento, não poderia a vítima ficar ao desamparo, sendo imputado aos pais o dever de reparar os danos.

Em breve síntese, tem-se que: a culpa é elemento imprescindível do ato ilícito e merece ser analisada mesmo quando o agente causador do dano é menor. Tomando por base o Estatuto da Criança e do Adolescente, confere-se discernimento ao maior de doze anos, sendo esse o marco etário que viabiliza a investigação da culpa. Logo, se o maior de doze anos agiu com culpa, respondem seus pais objetivamente; se agiu sem culpa, não há que se falar em dever de indenizar. Sendo o infante menor de doze anos, haverá a responsabilidade dos pais independente da culpa do ofensor que, por falta de amparo legal, não lhe pode ser atribuída consciência para fins de constatação de ato ilícito.

## CONCLUSÃO

Todos somos responsáveis por tudo, perante todos.

*Dostoievski*

Buscou-se, com o estudo da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, a tentativa de melhor compreensão do artigo 932, I, do Código Civil atual. A falta de diretrizes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema ressaltava a importância de um debruçar mais apurado, levando em consideração as atuais nuances do direito civil.

Pretendeu-se analisar o dever dos pais de indenizar a vítima de ato ilícito cometido pelo filho menor, seguindo os pilares da metodologia civil-constitucional. Para tanto, necessário foi alcançar os princípios e os valores constitucionais que sustentassem o argumento jurídico. A noção de direito como um sistema, a incidência direta da Constituição Federal e a funcionalização dos institutos serviram de base para as seguintes conclusões:

1. A responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores possui dois fundamentos: a autoridade parental e a garantia da vítima. Explica-se a imputação do dever de indenizar aos pais em razão do exercício da autoridade que lhes é atribuído por lei. Assim, se lhes compete evitar qualquer mal sobre o filho, devem também cuidar para que o menor não venha a causar dano a outrem. No que tange à objetivação da responsabilidade dos pais, prevista no artigo 933 do Código Civil, esta é justificada pela proteção à vítima, conferindo-lhe a isenção de provar a culpa dos pais quanto ao cumprimento dos deveres de educação e vigilância.

2. Deve-se rechaçar como fundamento do artigo 932, I, tanto a presunção de culpa como a teoria do risco. O primeiro porque a responsabilidade dos pais é objetiva, por força do artigo 933 e, por isso, não há espaço para a discussão da culpa paterna. Nesse sentido é o enunciado 451 da V Jornada de Direito Civil: “a responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida”. Acerca da teoria do risco, inadequado tratar o ato de cuidar de um filho como atividade que implica em risco para outrem. Essa ideia destoa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana à medida que iguala o menor a um ser potencialmente perigoso.

3. A suspensão ou extinção da autoridade provocada por conduta voluntária do genitor não afasta todos os deveres parentais em relação ao filho, principalmente quanto ao dever de indenizar os danos causados pelo menor. Por outro lado, não subsistem os deveres parentais quando a causa da interrupção da autoridade estiver atrelada a um ato involuntário deste, a exemplo da morte do filho, da emancipação legal, da maioridade e da adoção.

4. Apenas os pais reconhecidos por declaração voluntária ou por sentença possuem a titularidade da autoridade parental. Todavia, seu exercício pode ser cindido, de forma abranger outras figuras como os avós, os pais afins ou mesmo terceiros sem nenhum parentesco com o menor. O exercício da função paterna através da autoridade parental implica na responsabilidade objetiva daquele que a desempenha pelo fato de estar na mesma posição (*status*) que o pai.

5. No que tange à paternidade, deve-se reconhecer não só aquela oriunda da troca de gametas, mas também a que envolve a troca de afetos. A paternidade socioafetiva, desse modo, permite a criação de vínculos jurídicos, com todos os efeitos legais, dentre os quais o exercício da autoridade parental. Sendo assim, no campo da responsabilidade civil, o pai afetivo responde objetivamente pelos atos causados pelo filho menor.

6. Deve-se distinguir o exercício da autoridade dos atos de cuidado. Enquanto o primeiro implica na responsabilidade objetiva, o segundo atrai a discussão da culpa. Assim, não age com autoridade aquele que recebe dos pais o ofício de cuidado temporário do menor. Caso o menor, na companhia do cuidador, cometa ato ilícito, persistirá a responsabilidade objetiva dos pais e, quanto ao cuidador, poderá ser-lhe imputada a responsabilidade se provada sua culpa na vigilância.

7. A companhia não se confunde com a guarda, sendo a primeira indicadora apenas de proximidade física, enquanto a segunda provém de um ato judicial a determinar qual dos pais coabitará com o menor.

8. Embora haja previsão no artigo 932, I, de que o pai só responde pelo ato do filho menor que estiver em sua companhia, tal pressuposto não pode ser admitido, sob pena de criar desigualdade entre os cônjuges. Isso porque implicaria em pesado ônus sobre um dos genitores, isentando o outro a quem cabe igual exercício de autoridade. Nesse mesmo sentido, a guarda também não pode se

mostrar como requisito do dever de indenizar do pai, por colocar maior responsabilidade sobre aquele que detém a guarda.

9. Exigir a companhia como pressuposto ao dever de indenizar dos pais também cria óbice à vítima. Assim porque ao imputar a responsabilidade apenas a um dos pais, o prejudicado passa a contar com um patrimônio garantidor reduzido, indo de encontro ao fundamento de proteção da vítima.

10. A teoria das incapacidades merece ser flexibilizada para melhor atender aos interesses da criança e do adolescente. Não há que se negar capacidade a menores que, nitidamente, possuem discernimento. Esse deve ser sempre aferido casuisticamente, levando em conta as compleições psíquicas do menor. Tanto o Código Civil como o Estatuto da Criança e do Adolescente dão mostras de que o menor pode realizar atos da vida privada, desvinculando a incapacidade civil do discernimento.

11. A emancipação, seja legal ou voluntária, rompe com o poder familiar e afasta dos pais o dever de reparar os danos causados pelos filhos menores. Todavia, constatada a continuidade do exercício da autoridade ou comprovado o único propósito dos pais de se livrarem da responsabilidade civil ao emanciparem o filho menor, o dever paterno de reparar os danos se mantém.

12. Acerca da configuração do ato ilícito praticado pelo menor, necessário buscar a sua capacidade natural para fins de aferição da culpabilidade. Se o menor apresentar discernimento suficiente para a prática do ato, necessário será avaliar sua culpa para fins de imputação de responsabilidade aos pais. Por outro lado, se o menor não possuir discernimento suficiente, mas houver nexos entre sua conduta e o dano causado, a responsabilidade recairá sobre seus representantes.

13. A aferição de culpa do menor segue a proposta constitucional de melhor interesse da criança e do adolescente, bem como corrobora o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim porque ao se investigar o discernimento do menor, atesta-se que ele possui autodeterminação para a prática de atos, podendo ter agido com toda a diligência esperada para aquela situação.

14. A aferição de culpa do menor também evita o enriquecimento sem causa da vítima, pois afasta o direito de reparar o dano nos casos em que o ato ilícito não restou configurado pela ausência da culpabilidade. Dessa sorte, não há causa jurídica para o pleito de indenização na hipótese em que o ofensor menor, com discernimento, agiu diligentemente, mas o dano restou configurado.

15. Se o menor possuir discernimento bastante e tiver agido com culpa, imputada será a responsabilidade aos pais. Todavia, se o menor possuir discernimento, mas sua conduta não foi culposa – agiu de forma diligente e prudente – não há que se buscar dos pais qualquer indenização, visto que o ato ilícito não restou configurado.

16. A análise do discernimento do menor, para fins de configuração do ato ilícito, deve-se dar pelo magistrado com auxílio de outros profissionais como o psicólogo, o pedagogo e o assistente social.

17. A idade mínima para se atestar a culpabilidade do menor é 12 anos, seguindo proposta do artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A norma sugere que o adolescente (entre 12 e 18 anos) responda pessoalmente pelo ilícito que causar, desde que oriundo de ato infracional.

Vislumbrados esses pontos, percebe-se que persiste a necessidade de constante releitura do tema abordado, levando sempre em consideração a dinâmica social, sopesando os interesses da vítima e do menor envolvidos. O presente trabalho pretendeu sugerir um olhar mais detido sobre a responsabilidade paterna, mostrando que o artigo 932, I, do Código Civil ainda pode – e deve – ser refletido com mais cautela.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Celia Barbosa. Aspectos constitucionais da responsabilidade civil do incapaz. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n.11, p.257-277, jan./jun. 2012.

ALTHEIM, Roberto. A atribuição do dever de indenizar em decorrência da prática de atividades naturalmente arriscadas e o problema do nexo de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre o direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 442-450.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura, algumas hipóteses de responsabilidade civil no Código de Processo Civil. *Revista do Advogado de São Paulo*, São Paulo, n. 44, p. 7-19, out. 1994.

BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 9, p.31-42, abr./ maio 2009.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil do menor alienado*.1998. 93 f. (Tese de livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro , 1998.

BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 51-63.

CALIXTO, Marcelo. *A culpa na responsabilidade civil: estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMMAROTA, Antonio. *Responsabilidad Extracontratual: hechos y actos ilícitos*. Buenos Aires: Depalma, 1947.

CARVALHO, João Andrades. *Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder*. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2010. T. III.

COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 4.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Editora das Américas, 1961. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexa causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Do pater famílias à autoridade parental. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 112, p. 99-103, jul.2011.

\_\_\_\_\_; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil*, [S.l.], v. 35, p. 105-120, jul./set. 2008.

FERREIRA, Jussara Suzi Borges Nasser; RORHMANN, Konstanze. As famílias pluriparentais ou mosaicos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Família e Dignidade Humana*. São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 507-529.

FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos*. São Paulo: Global, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. Filiação e reprodução assistida. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 522-538.

GARCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: 2000.

GRISARD FILHO, Waldyr. Famílias reconstituídas. Novas relações depois das separações. Parentesco e autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 657-675.

LAGO, Pablo Antonio. O princípio da solidariedade familiar: importância e eficácia, In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre o direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.265-279. V 3.

LEITE, Dante Moreira. A criança retardada. In: LEITE, Dante Moreira (Org.). *O desenvolvimento da criança*. 3 ed. São Paulo: Ed. UNESP, 2010. p. 379-397.

LIMA, Alvinio. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

\_\_\_\_\_. *Culpa e risco*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LIMA, Clarissa Costa de. Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos no antigo e no novo Código Civil. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 31, n. 96, p. 55-68, dez. 2004.

LÔBO, Luiz Paulo Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. (Org.). *Temas atuais de direito e processo de família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p 5-17.

\_\_\_\_\_. Do poder familiar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil: famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: a tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. In: OLIVEIRA, Guilherme de; PEREIRA, Tânia da Silva. *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77-92.

MEIRA, Fernanda de Melo. A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 235-243.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000. LX t. T.IX: Direito de Família: Direito Parental. Direito Protetivo.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 317-342.

\_\_\_\_\_. A família democrática. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 207-234..

\_\_\_\_\_. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 381-422.

\_\_\_\_\_. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2010, p. 422-456.

\_\_\_\_\_. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 71-120.

\_\_\_\_\_. A caminho de um direito civil-constitucional. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 3-20.

\_\_\_\_\_. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, v. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 6 v. V.6: Direito de Família.

PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. Famílias possíveis: novos paradigmas na convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 633-656.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

\_\_\_\_\_. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos menores. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 555, n. 71, p. 14-25, jan. 1982.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-34.

RODRIGUES, Renata de Lima. *Incapacidade, curatela e autonomia privada: estudos no marco do Estado Democrático de Direito*. 2007. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte. 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSA, João Guimarães Rosa. *Grande Sertão: Veredas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Curso de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In: Silmara Juny de Abreu Chinellato; José Fernando Simão; Jorge Shiguemitsu Fujita; Maria Cristina Zucchi. (Org.). *Direito de Família no Novo Milênio*. São Paulo-SP: Atlas, 2010, p. 571-582.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. *Novas tendências da responsabilidade civil brasileira*. In: SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 151-172.

SILVA, Marcos Alves. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade Civil do Incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.

SOUZA, Gelson Amaro de. Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n.778, p. 59-90, ago., 2000.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Guarda de filhos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TARTUCE, Flavio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 5 ed. São Paulo: Método, 2010.

TAKOI, Sérgio Massaru. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 17, n. 66, jan/mar. 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. e RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu, et al (Org.). *Direito de Família do Novo Milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 420-435.

\_\_\_\_\_. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade*. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 547-583.

\_\_\_\_\_. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Afeto, ética, família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 309-325.

\_\_\_\_\_; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. IV v. V.II.

UEDA, Andréa Silva Rasga. *Responsabilidade civil nas atividades de risco: um panorama atual a partir do Código Civil de 2002*. 2008. 177f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, 2 v. V.1.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 6 ed. São Paulo: Atlas: 2006.

VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade Civil dos Pais pelos Actos dos Filhos Menores*. Renovar: Rio de Janeiro, 2004.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 21, ano XXVII, p. 401-419, 1979.

\_\_\_\_\_. Repensando o direito de família. In: COUTO, Sérgio (Coord.). *Nova Realidade do Direito de Família*, Rio de Janeiro: COAD, 1999, p. 52-59.

WERNER, Heinz. O mundo visto pela criança. In: LEITE, Dante Moreira (Org.). *O desenvolvimento da criança*. 3 ed. São Paulo: Ed. UNESP, 2010, p.215-244.