

**REVISTA DA
FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS**

EDIÇÃO ESPECIAL

IV Concurso de Monografias

A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Atos dos Filhos Menores

Aline Tacira Araújo

Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos:

Reflexão sobre suas Características

Andréa Helena Blumm Ferreira

A Causa de Pedir Aberta nas Ações Diretas de

Inconstitucionalidade

Beatriz Monzillo de Almeida

Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade:

uma Abordagem Ético-Democrática

Lídia Jonas Péres de Souza

A Natureza Jurídica da Arbitragem no Brasil

Bárbara Bianca Sena

FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

SRTV/SUL, Quadra 701, Bloco I, 4º andar – Ed. Palácio da Imprensa
Brasília-DF, CEP: 70340-000

Telefax: (0XX61) 3226-4643/3226-4178

Sítio: www.escolamp.org.br

e-mails: escolamp@escolamp.org.br e comedit@escolamp.org.br

© Copyright 2005 – Revista da FESMPDFT

Reserva de todos os direitos autorais de acordo com a lei.

Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal
e Territórios. Brasília: FESMPDFT, Ano I, n. 1, jul./set., 1993 –

Edição Especial.

Trimestral em 1993. De 1994 a 2003, semestral. A partir de 2004, anual.

ISSN 1517-5286

1. Direito – Periódicos I. Fundação Escola Superior do Ministério Público
do Distrito Federal e Territórios.

CDD 340

Acompanhamento editorial e gráfico: Profª Ângela de Almeida Martins

Revisão de texto: Profª Ângela de Almeida Martins

Editoração eletrônica: Technoarte Bureau (por Paulo H. Barros)

Capa: Grifo Design

Impressão e acabamento: Technoarte Bureau

Solicita-se permuta.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scombio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

APRESENTAÇÃO

Dando seqüência ao lançamento de suas publicações, a Fundação Escola apresenta mais uma edição especial da revista destinada a divulgar o resultado do Concurso de Monografias – certame interno que visa premiar trabalhos acadêmicos dos alunos – atualmente em sua quarta edição.

Nesse concurso, foram classificados os textos Liberdade de Expressão e Diretos da Personalidade: uma Abordagem Ético-Democrática (1º colocado); A Causa de Pedir Aberta nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (2º colocado); Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos: Reflexão sobre suas Características (3º colocado); A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Atos dos Filhos Menores (4º colocado); A Natureza Jurídica da Arbitragem no Brasil (5º colocado).

A natureza densa e profunda dos trabalhos apresentados traduz-se numa revista com excelente conteúdo e à altura do exigente público a que se destina, justificando uma vez mais a política da Fundação Escola de valorizar e divulgar a produção acadêmica de seus alunos.

Nino Franco
Diretor Editorial

SUMÁRIO

A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Atos dos Filhos Menores <i>Aline Tacira Araújo</i>	7
Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos: Reflexão sobre suas Características <i>Andréa Helena Blumm Ferreira</i>	83
A Natureza Jurídica da Arbitragem no Brasil <i>Bárbara Bianca Sena</i>	186
A Causa de Pedir Aberta nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade <i>Beatriz Monzillo de Almeida</i>	316
Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: uma Abordagem Ético-Democrática <i>Lídia Jonas Péres de Souza</i>	343

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS MENORES*

Aline Tacira Araújo

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil, sem dúvida, é uma matéria de grande relevância para a vida em sociedade, constituindo, portanto, importante tema de direito civil e objeto de intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. De fato, mostra-se imprescindível, no meio social, que os danos causados ao patrimônio de outrem sejam reparados por alguém, seja pelo causador direto do dano ou pela pessoa que responde por este.

Nos últimos tempos, os casos de responsabilidade civil por atos ilícitos praticados por terceiro têm-se tornado predominantes em relação às ocorrências de responsabilidade civil por atos próprios. Entre as hipóteses de responsabilidade civil por fato de terceiro, encontra-se a responsabilidade dos pais pelos atos de seus filhos menores. Essa questão envolve aspectos extremamente relevantes e complexos na ordem jurídica e social, já que, por um lado, os danos causados por menores, assim como os danos praticados por qualquer pessoa, devem ser reparados, mas, por outro, há que se considerar que eles são civilmente incapazes, não possuindo, ainda, completo desenvolvimento das faculdades intelectuais, discernimento e autodeterminação. Desse modo, é preciso que alguém se responsabilize pelos atos dos menores, sendo que, em regra, essa responsabilidade incumbe aos seus pais.

Nesse contexto, desenvolve-se uma grande polêmica a respeito do fundamento dessa responsabilidade: alguns entendem que ela se funda na culpa dos pais, tratando-se de responsabilidade subjetiva, ao passo que outros sustentam que ela se baseia no dever legal de garantia imposto aos pais, sendo, portanto, objetiva.

Assim, a presente monografia apresenta como tema central o estudo do fundamento da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, buscando verificar qual é o fundamento adotado pelo sistema jurídico brasileiro, mais especificamente, pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Civil de 2002.

* Monografia apresentada à Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, como exigência para a participação da IV Seleção de Monografias dos alunos da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, sob a orientação do Professor Rodolfo Cunha.

O desenvolvimento dessa temática foi realizado a partir da técnica de pesquisa bibliográfica, tendo-se utilizado, como base teórica, obras doutrinárias brasileiras e artigos publicados em enciclopédias e revistas jurídicas referentes ao direito civil, mais precisamente, à responsabilidade civil, à incapacidade e à imputabilidade dos menores e aos deveres decorrentes do poder familiar, assim como à legislação brasileira pertinente, com destaque para o Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071/16), o novo Código Civil (Lei n. 10.406/02) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

A apresentação do trabalho foi dividida em três capítulos.

O primeiro capítulo trata das noções gerais de responsabilidade civil, abordando a dificuldade de sua conceituação e traçando sua evolução histórica. Nesse capítulo, apresentam-se, ainda, as distinções entre algumas modalidades de responsabilidade, que se mostram importantes para o desenvolvimento do trabalho, quais sejam: responsabilidade moral e jurídica; responsabilidade civil e penal; responsabilidade contratual e extracontratual; responsabilidade subjetiva e objetiva; e responsabilidade por ato próprio e por fato de terceiro.

No segundo capítulo, discorre-se sobre a responsabilidade civil no âmbito do direito positivo brasileiro. Assim, trata-se, em primeiro lugar, da regra geral de responsabilidade adotada por esse sistema jurídico, qual seja, a responsabilidade subjetiva, e, em seguida, dos aspectos que demonstram a tendência à responsabilidade objetiva. Abordam-se, também, os pressupostos da responsabilidade civil e algumas hipóteses excludentes dessa responsabilidade.

Apresentado o quadro geral da responsabilidade civil no direito brasileiro, passa-se ao terceiro capítulo, que trata, especificamente, da responsabilidade civil dos pais pelos atos danosos de seus filhos menores. Inicialmente, abordam-se as noções gerais e a evolução histórica de tal responsabilidade no sistema jurídico brasileiro. Na sequência, trata-se das condições necessárias à configuração da responsabilidade dos pais, quais sejam, a menoridade, o exercício do poder familiar e a coabitação, destacando-se as principais discussões a respeito delas. Discorre-se, também, sobre a polêmica questão da exigência ou não de culpa do menor como elemento essencial à responsabilização dos pais. E, finalmente, passa-se à análise do fundamento dessa responsabilidade, apresentando-se as divergências doutrinárias acerca do tema e o posicionamento adotado pelo sistema jurídico brasileiro, mais especificamente, a evolução de tal posicionamento no Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002. Por último, aborda-se a questão relativa ao direito de regresso dos pais contra os filhos.

2 RESPONSABILIDADE

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES E BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Inicialmente, mostra-se importante conceituar responsabilidade, e, para isso, é fundamental conhecer a origem da palavra. Ela vem do latim *respondere*, que consiste em responder. Assim, pode-se dizer que a responsabilidade refere-se à necessidade que existe de se responsabilizar alguém por seus atos danosos. Entretanto, alguns autores criticam essa definição, afirmando que é um erro definir um vocábulo a partir dele mesmo. Nesse sentido, afirma Aguiar Dias:

Dizer que responsável é aquele que responde e, portanto, que responsabilidade é a obrigação cabente ao responsável é, além de redundante, insuficiente, porque, por aí, a definição, permanecendo na própria expressão verbal que se pretende aclarar, não dá solução ao problema que se quer resolver, a começar pelos conceitos.¹

Ensina, então, esse doutrinador que a responsabilidade está intimamente ligada à idéia de contraprestação, equivalência, correspondência, podendo-se estabelecer, portanto, uma definição de responsabilidade no sentido de repercussão obrigacional da atividade do homem. Corrobora tal entendimento Rui Stoco, ao afirmar que “mais aproximada de uma definição de responsabilidade é a idéia de obrigação.”²

De fato, o meio social regrado impõe a todos o dever de responder por seus atos, o que corresponde à própria noção de justiça existente na sociedade. Assim, entende Rui Stoco que a responsabilização nada mais é do que o meio e o modo de exteriorização da justiça, consistindo a responsabilidade na tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar outrem.³ Há que se entender, portanto, que a responsabilidade não é um fenômeno exclusivo da vida jurídica, ao revés, está relacionada a todos os domínios da vida social.

Assim sendo, conclui Aguiar Dias:

¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10ª ed., 4ª tir., rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. I, p. 2.

² STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 90.

³ *Idem, ibidem*, p. 91.

A responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação. [...]

O que interessa, quando se fala de responsabilidade, é aprofundar o problema na face assinalada, de violação da norma ou obrigação diante da qual se encontrava o agente.⁴

De acordo com tal autor, seria mais correto, diante da evolução por que passou a sociedade, falar-se em reparação do dano, e não em responsabilidade civil, vez que, filosoficamente, é bastante complicado separar essa da idéia de culpa, de capacidade e de imputabilidade. No entanto, ele mesmo reconhece que há conveniência em se manter o *nomen juris*.

A despeito da dificuldade de se definir responsabilidade, diversos doutrinadores o fazem, sendo essas definições, não raras vezes, objeto de divergências entre eles, uma vez que expressam o próprio posicionamento do doutrinador. Cumpre, então, destacar, além dos registrados acima, alguns conceitos de responsabilidade.

Segundo Savatier, a responsabilidade consiste na “[...] ‘obrigação que pode incumbir a uma pessoa de reparar o dano causado a outrem por um fato seu, ou pelo fato das pessoas ou das coisas dependentes dela’.”⁵

Para De Page, o vocábulo relaciona-se mais ao resultado do que ao fundamento da instituição, sendo o elemento dominante a “[...] ‘obrigação de reparar o dano’, independentemente de fundamentar e de justificar.”⁶

Planiol, Ripert e Boulanger, restringindo-se ao direito positivo, afirmam que a “[...] ‘a obrigação de reparar é uma obrigação legal que nasce da culpa cometida’”⁷, assim como Geneviève Viney entende que responsabilidade civil consiste em um “[...] ‘conjunto de regras que obrigam o autor de um dano causado a outrem a reparar este dano, oferecendo à vítima uma compensação’.”⁸

Para Giorgio Giorgi, a responsabilidade civil é “[...] ‘a obrigação de reparar mediante indenização quase sempre pecuniária, o dano que o nosso fato ilícito causou a outrem’.”⁹

⁴ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v. I, p. 2/3.

⁵ SAVATIER *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 8.

⁶ DE PAGE *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 9.

⁷ PLANIOL, RIPERT e BOULANGER *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 9.

⁸ VINEY *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 9.

⁹ GIORGI *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 10.

Caio Mário, ao definir a responsabilidade civil, ressalta que, independentemente do fundamento, ela se caracteriza pela subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento. Assim, afirma que:

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.¹⁰

No mesmo sentido, entende Serpa Lopes que a responsabilidade é “[...] a obrigação de reparar um dano, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva.”¹¹

Entre os conceitos apresentados, merecem destaque aqueles que identificam a responsabilidade civil com a obrigação de reparação do dano causado a outrem, independentemente de seu fundamento. De fato, fala-se em responsabilidade civil quando há o dever de ressarcimento de um dano moral ou patrimonial causado a alguém, seja tal dever decorrente de culpa ou de mera imposição legal.

Analisada, portanto, a questão da conceituação de responsabilidade civil, cumpre, neste momento, tratar, brevemente, de sua evolução histórica, dando-se especial ênfase ao direito romano, uma vez que este influenciou sobremaneira a formação dos sistemas que constituem a civilização jurídica ocidental.

Conforme explica Caio Mário da Silva, não se elaborou, no direito romano, uma teoria da responsabilidade civil. Na verdade, tal instituto foi construído por meio de casos concretos, decisões de juízes e pretores, respostas de jurisconsultos, constituições imperiais. Apesar disso, não se pode negar sua forte influência na constituição dos sistemas jurídicos de vários países ocidentais.¹²

A primeira fase da responsabilidade civil no direito romano foi marcada pela vingança privada, isto é, fazia-se justiça com as próprias mãos, reparando-se o mal pelo mal. Posteriormente, tal solução passou para o domínio jurídico, em que o Poder Público intervinha, permitindo ou não sua realização. Era, na verdade, a pena de Talião, cujas características estavam presentes na Lei das XII Tábuas. Explica Caio Mário que “[...] nesta fase da *vindicta* não se podia cogitar da idéia

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 11.

¹¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, v. 5, p. 160.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 1.

de culpa, dada a relevância do fato mesmo de vingar [...]. Nesta fase, nenhuma diferença existe entre responsabilidade civil e responsabilidade penal [...]"¹³.

Em seguida, passou-se à composição voluntária, em que a vítima, podendo transigir, entrava em acordo com o ofensor e recebia uma soma em dinheiro ou algum objeto, de forma que fosse reparado o dano sofrido. Depois dessa fase, surgiu a composição obrigatória, imposta pela Lei das XII Tábuas, a qual fixava o valor da pena a ser paga pelo ofensor em cada caso concreto. Não havia, portanto, um princípio determinante da responsabilidade civil na referida lei, mas sim a cogitação de certos casos concretos.

Com a evolução da civilização romana, as figuras delituais – *furtum*, *noxia et iniuria* – que prevaleceram nos primórdios do direito romano tornaram-se insuficientes para abarcar todas as espécies de reparação, surgindo, então, a figura dos quase-delitos. Nesse período, ainda não se distinguia completamente a noção de pena da de reparação. De fato, buscava-se, em primeiro lugar, atingir o autor material do dano, e não satisfazer a vítima ou sua família.

Em seguida, surgiu o grande marco da responsabilidade civil no direito romano, qual seja, a Lei Aquília. A partir dela, construiu-se a estrutura da responsabilidade civil extracontratual, que ficou conhecida como responsabilidade aquiliana.

Diversos doutrinadores discutem se a idéia da culpa, como requisito essencial ao direito de reparação do dano, foi introduzida pela Lei Aquília. Obviamente, há posicionamentos em ambos os sentidos: para alguns, a culpa era elemento indispensável à caracterização do delito da *Lex Aquilia*, ao passo que outros entendem que ela foi introduzida, posteriormente, por força da interpretação. A esse respeito, afirma Alvino Lima:

É incontestável [...] que a evolução do instituto da responsabilidade extracontratual ou aquiliana se operou, no direito romano, no sentido de se introduzir o elemento subjetivo da culpa, contra o objetivismo do direito primitivo, expurgando-se do direito a idéia de pena, para substituí-la pela de reparação do dano sofrido.

[...] A função da pena transformou-se, tendo por fim indenizar, como nas ações reipersecutórias, embora o modo de calcular a pena ainda fosse inspirado na função primitiva de vingança; o caráter penal da ação da lei Aquília, no direito clássico, não passa de uma sobrevivência.¹⁴

¹³ *Idem*, *ibidem*, p. 2.

¹⁴ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2ª ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos

Ainda em relação à Lei Aquília, cabe ressaltar que, assim como as Leis das XII Tábuas, ela tratava de casos concretos. Apesar disso, ao regular o *damnum iniuria datum*, já se podia vislumbrar um princípio de generalização. Conforme explica Caio Mário, para se configurar o *damnum iniuria datum*, de acordo com a Lei de Aquília, eram necessários três elementos: a lesão na coisa – *damnum*; o ato contrário ao Direito – *iniuria*; o dano resultante de ato positivo do agente, praticado com dolo ou culpa – *culpa*.¹⁵

A despeito de não ter fixado, efetivamente, um princípio geral de responsabilidade civil, a idéia presente na *Lex Aquilia* ingressou no direito moderno, especialmente no Código Civil francês, o qual influenciou sobremaneira os códigos civis de outras nações.

Ensina Caio Mário que, somente a partir do século XVIII, foi enunciado um princípio geral de responsabilidade civil, sendo o ofensor obrigado a reparar todos os danos causados a outrem por sua culpa. No Código Civil francês, tal princípio foi enunciado como regra geral, havendo algumas exceções que não se baseiam no elemento subjetivo da culpa.¹⁶

No tocante ao direito brasileiro, há que se destacarem, em primeiro lugar, as Ordenações do Reino, que, em matéria de responsabilidade civil, eram marcadas pela tradicional confusão entre reparação e pena.

Em seguida, o Código Criminal de 1830 introduziu a idéia de ressarcimento. A respeito desse Código, afirma Aguiar Dias:

Só em um ponto destoava o sistema da sua superior inspiração: em subordinar a reparação, em princípio, à condenação, critério expressamente eliminado pelo art. 68 da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, que adotou o princípio da independência dos dois juízos.¹⁷

Posteriormente, foram elaboradas a Consolidação de Teixeira de Freitas e a Nova Consolidação de Carlos de Carvalho, que consideravam independentes a responsabilidade civil da criminal. De fato, elas marcaram novas fases da evolução do direito brasileiro, tendo fundamentado a responsabilidade civil no conceito de culpa e desenvolvido a doutrina da responsabilidade civil indireta.

Tribunais, 1998, p. 26/27.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 5/6.

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 6.

¹⁷ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v. I, p. 23.

As idéias presentes nas supracitadas Consolidações e, especialmente, no Código Civil francês, sem dúvida, influenciaram o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, que consagraram a teoria da culpa como regra geral da responsabilidade civil, embora tenham reconhecido – principalmente o Código de 2002 – casos específicos de responsabilidade sem culpa. Esses diplomas legais serão tratados mais detidamente nos capítulos seguintes. Antes disso, entretanto, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca de certas modalidades de responsabilidade, cujas diferenciações serão imprescindíveis para o desenvolvimento do presente trabalho.

2.2 RESPONSABILIDADE MORAL E RESPONSABILIDADE JURÍDICA

Como foi visto anteriormente, a responsabilidade não se restringe ao âmbito jurídico, ao revés, relaciona-se a todos os domínios da vida social. Nesse sentido, mostra-se relevante distinguir a responsabilidade jurídica da responsabilidade moral. Entretanto, ao se realizar tal distinção, há que se ter em vista que não é possível separar completamente o direito da moral. Nas palavras de Aguiar Dias,

[...] a responsabilidade pode resultar da violação, a um tempo, das normas, tanto morais, como jurídicas [...]. Isto põe de manifesto que não há separação estanque entre as duas disciplinas. Seria infundado sustentar uma teoria do direito estranha à moral. Entretanto, é evidente que o domínio da moral é muito mais amplo que o do direito, a este escapando muitos problemas subordinados àquele, porque a finalidade da regra jurídica se esgota em manter a paz social, e esta só é atingida quando a violação se traduz em prejuízo.¹⁸

Assim, a despeito de estarem relacionadas, pode-se distinguir a responsabilidade jurídica da moral da seguinte maneira: aquela se refere à ocorrência de um prejuízo, ao passo que esta se liga à consciência do agente. Conforme ensina o supracitado doutrinador, na responsabilidade moral, cumpre indagar o estado da alma do agente: caso se verifique a existência de pecado ou de má ação, fica configurada a responsabilidade moral. Diversamente, na responsabilidade jurídica, importa investigar se houve ou não prejuízo ao equilíbrio social: apenas se este estiver presente, haverá responsabilidade jurídica.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 4.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL

A responsabilidade jurídica pode ser dividida em responsabilidade civil e responsabilidade penal. A primeira, como foi visto acima, está relacionada a um dano causado ao patrimônio de um indivíduo, ao passo que a segunda se refere a um dano que atinge a sociedade de modo geral. Quanto a essa distinção, entretanto, Aguiar Dias faz uma ressalva:

[...] do ponto de vista da ordem social, consideramos infundada qualquer distinção a propósito da repercussão social ou individual do dano. O prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social. [...] Não encontramos razão suficiente para concordar em que à sociedade o ato só atinge no seu aspecto de violação da norma penal, enquanto que a repercussão no patrimônio do indivíduo só a este diz respeito. Não pode ser exata a distinção, se atentarmos em que o indivíduo é parte da sociedade [...]¹⁹.

Segundo tal doutrinador, essas modalidades de responsabilidade apresentam basicamente o mesmo fundamento, sendo diferentes, entretanto, as condições necessárias à sua efetivação. De fato, a responsabilidade penal configura-se apenas quando há a violação de uma norma de direito público, mais especificamente, de direito penal, devendo ser observado, portanto, o princípio *nulla poena sine lege*; diversamente, a responsabilidade civil surge de um simples prejuízo causado ao patrimônio de alguém, por meio de um ato contrário ao direito ou decorrente de abuso de direito.

Na responsabilidade penal, o ato causador do dano consiste em crime ou contravenção, conforme definido em lei, ficando o agente sujeito a sanções, especialmente de caráter pessoal, cerceadoras de sua liberdade, que podem ser substituídas ou conjugadas por imposições patrimoniais; diversamente, na responsabilidade civil, o agente pode ser obrigado, pelo prejudicado, a reparar o dano praticado, de forma a restaurar o equilíbrio rompido por seu ato.

Assim sendo, a forma de reparação do dano causado em uma e em outra responsabilidade é diversa. Conforme explica Aguiar Dias,

[...] a reparação civil reintegra, realmente, o prejudicado na situação patrimonial anterior (pelo menos tanto quanto possível, dada a falibilidade da avaliação); a sanção penal não oferece nenhuma

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 7.

possibilidade de recuperação ao prejudicado; sua finalidade é restituir a ordem social ao estado anterior à turbacão.²⁰

Nesse sentido, importa ressaltar que, na responsabilidade penal, cabe à sociedade, por meio do Estado, buscar o reequilíbrio da ordem social, sendo que este é alcançado, em geral, por meio da punição do causador do dano; já na responsabilidade civil, cumpre ao indivíduo buscar a reparação do dano que atingiu o seu patrimônio, restabelecendo, assim, não só o equilíbrio individual, como também o social, que foi atingido de forma indireta.

Há que se ressaltar, ainda, que um ato ilícito pode, ao mesmo tempo, infringir uma norma de direito público, constituindo crime ou contravenção, e causar prejuízo a outrem, repercutindo, assim, tanto no âmbito civil como no penal. Nessa hipótese, pode haver uma dupla reação do ordenamento jurídico, impondo uma pena ao agente e obrigando-o a reparar o dano por meio de indenização, se esta for pedida pela vítima.

Antes de tratar das outras modalidades de responsabilidade, faz-se necessário destacar que o presente trabalho restringe-se à responsabilidade civil.

2.4 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL

A respeito da distinção entre a responsabilidade contratual e a extracontratual, há que se ressaltar que existem, basicamente, duas teorias: a da unidade e a da dualidade.

Os doutrinadores que defendem a primeira teoria entendem que essas duas responsabilidades possuem igual natureza, não havendo motivo para discipliná-las separadamente. Nesse sentido, argumentam que ambas se fundam na culpa, a qual consiste, no conceito de Planiol, na infração de uma obrigação preexistente, não importando, dessa forma, se tal obrigação decorre de um contrato ou de outro ato. Afirmam, ainda, que a indenização devida, na responsabilidade contratual, não corresponde à obrigação descumprida, mas à reparação do prejuízo decorrente da inexecução, identificando-se, portanto, com a indenização devida em sede de responsabilidade extracontratual.²¹

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 8.

²¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil. 20ª ed., rev. e atual. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4, p.10.

Por outro lado, os defensores da teoria da dualidade afirmam que há nítida diferença de natureza entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. A primeira ocorre quando há o descumprimento de uma obrigação contratual, logo, pressupõe a existência de um vínculo jurídico preexistente entre o causador do dano e a vítima. Ao revés, na responsabilidade extracontratual, também denominada aquiliana, não há qualquer liame jurídico entre o ofensor e o ofendido anterior à prática do ato ilícito causador do dano.

Segundo Silvio Rodrigues, tais espécies de responsabilidade, de fato, apresentam natureza diversa. Nessa esteira, destaca alguns aspectos práticos que justificam a distinção:

Em matéria de prova, [...], na responsabilidade contratual, demonstrado pelo credor que a prestação foi descumprida, o *onus probandi* se transfere para o devedor inadimplente [...], enquanto, se for aquiliana a responsabilidade, caberá à vítima o encargo de demonstrar a culpa do agente causador do dano.

Em matéria de capacidade também diversas são as posições. Assim, o menor púbere só se vincula contratualmente assistido por seu representante legal e, excepcionalmente sem ele, se maliciosamente declarou-se maior (CC, art. 180); portanto, só pode ser responsabilizado por seu inadimplemento nesses casos; na responsabilidade aquiliana, entretanto, cumpre-lhe reparar o prejuízo sempre, pois se equipara ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos em que for culpado (CC de 1916, art. 156).²²

Ensina Alvino Lima que, além dessas duas teorias, existem, ainda, as teorias ecléticas, segundo as quais, as responsabilidades contratual e extracontratual, na sua essência, confundem-se, não se justificando, substancialmente, a dualidade de responsabilidades. Entretanto, apesar de não haver diferença fundamental entre elas, há diferenças acessórias, de sorte que não existe uma similitude perfeita entre tais responsabilidades, o que torna necessária a aplicação de regras particulares a cada uma delas. Para os defensores de tais teorias, as duas responsabilidades são instituições da mesma natureza, mas com destinos paralelos.²³

A despeito dessas discussões doutrinárias, há que se ressaltar que o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002 tratam das responsabilidades contratual e extracontratual em momentos distintos, sendo a primeira tratada nos arts. 955 a

²² *Idem*, *ibidem*, p. 10.

²³ LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2ª ed. rev. e atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 221.

963 do Código Civil de 1916 e arts. 389 e seguintes do Código Civil de 2002, e a segunda, nos arts. 159, 160 e 1.518 e seguintes do Código Civil de 1916 e arts. 186 a 188 e 927 e seguintes do Código Civil de 2002.

Por fim, importa esclarecer que o posicionamento adotado nesta monografia é o de que a responsabilidade extracontratual e a contratual, apesar de apresentarem alguns pontos em comum – tais como a necessidade de existência do dano, em geral, da culpa do agente e do nexo de causalidade entre a ação do agente e o dano –, são distintas em vários aspectos, podendo-se destacar a sua diversidade de origem: a contratual, como foi visto acima, origina-se do inadimplemento de uma obrigação contratual, pressupondo, portanto, um vínculo jurídico preexistente, ao passo que a extracontratual não pressupõe tal vínculo, mas sim a prática de um ato ilícito causador de dano a outrem. Nesse contexto, cumpre ressaltar que o presente trabalho restringe-se ao âmbito da responsabilidade extracontratual.

2.5 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Como destaca Caio Mário da Silva Pereira, “a mais profunda controvérsia e a mais viva polêmica vigem em torno da determinação do fundamento da responsabilidade civil.”²⁴ Nesse contexto, desenvolveram-se duas teorias: a doutrina subjetiva ou teoria da culpa, que apresenta como fundamento da responsabilidade civil a idéia de culpa; e a doutrina objetiva ou teoria do risco, segundo a qual, a responsabilidade civil prescinde da idéia de culpa.

De acordo com a tradicional doutrina da culpa, a responsabilidade civil do agente causador do dano só se configura se ele tiver agido culposa ou dolosamente. Portanto, na responsabilidade subjetiva, há que se indagar o elemento volitivo do agente, sendo indispensável a prova de sua culpa para que surja o dever de reparar o dano causado.

Por outro lado, de acordo com a doutrina objetiva, não se questiona se a atitude do agente causador do dano foi culposa ou dolosa, pois a sua reparação independe do elemento volitivo do agente. Na responsabilidade objetiva, basta que exista a relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente para que surja o dever de indenizar.

Percebe-se, portanto, que a responsabilidade objetiva centra-se na reparação do dano, ao passo que a subjetiva, na pessoa do agente causador do dano. Assim, de acordo com a doutrina subjetiva, o ressarcimento do dano está intimamente

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 13.

ligado à apreciação da conduta do seu causador; já na doutrina objetiva, prevalece a necessidade de reparação do dano, sendo irrelevante a investigação do elemento volitivo presente na conduta do agente. Nesse sentido, explica Alvino Lima que a doutrina objetiva

[...] afasta-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não interior e subjetivo [...]. O dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas deve emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico [...]²⁵.

Dessarte, a responsabilidade objetiva, diferentemente da subjetiva, independe da averiguação da capacidade e da imputabilidade do agente, limitando-se à investigação da relação de causalidade. Nas palavras de Caio Mário:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.²⁶

Importa, ainda, ressaltar que, nos capítulos seguintes, será realizada uma melhor análise dos aspectos relacionados à responsabilidade subjetiva e à objetiva, uma vez que o tema central deste trabalho refere-se ao fundamento da responsabilidade civil dos pais pelos atos danosos dos filhos menores.

²⁵ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 1998, p. 115/116.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 269.

2.6 RESPONSABILIDADE PORATO PRÓPRIO E RESPONSABILIDADE POR FATO DE OUTREM

A responsabilidade civil pode decorrer de ato próprio ou de ato de uma terceira pessoa. A responsabilidade por ato próprio configura-se quando o agente que praticou o ato responde, pessoalmente, pelo dano causado. Por outro lado, a responsabilidade por fato ou ato de terceiro ocorre quando uma pessoa fica sujeita a responder por dano causado por outrem.

A responsabilidade por ato próprio é também conhecida como responsabilidade direta, tendo em vista que decorre da ação pessoal daquele que responde pelo dano, isto é, o responsável é o agente material do ato causador do prejuízo. Já a responsabilidade por fato ou ato de terceiro é também denominada de responsabilidade indireta ou complexa, uma vez que o responsável pela reparação do prejuízo não coincide com aquele que materialmente o causou.

A responsabilidade por fato ou ato de terceiro consiste em uma exceção à regra geral de responsabilidade civil, segundo a qual aquele que causa dano ao patrimônio de outrem tem a obrigação de repará-lo. Assim sendo, ensina Alvino Lima que a responsabilidade pelo fato de outrem limita-se aos casos taxativamente expressos em lei. Ademais, ressalta esse doutrinador:

Se no domínio das atividades pessoais, o critério predominante de fixação da responsabilidade reside na culpa, elemento interno que se aprecia ‘em função da liberdade, da consciência e, às vezes, do mérito do autor do dano’, no caso de responsabilidade indireta, de responsabilidade pelo fato de outrem, predomina o elemento social, o critério objetivo.²⁷

De fato, a possibilidade de se responsabilizar alguém por ato danoso praticado por outrem demonstra uma maior preocupação com a pessoa da vítima, pois seria injusto que o dano sofrido por esta não fosse reparado pelo fato de o autor material do ato danoso não ter recursos ou ser imputável. Obviamente, é mais justo que esse dano seja suportado por alguém que tenha uma relação – seja de autoridade, seja de direção – com o agente material, e não pela vítima.

Faz-se importante, agora, tratar das hipóteses de responsabilidade pelo fato de outrem. Segundo Eugenio Bonvicini, citado por Alvino Lima, há quatro hipóteses de tal responsabilidade, quais sejam: imputabilidade subjetiva da pessoa autora do dano material e da pessoa que, não figurando como autora, contribui

²⁷ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 2000, p. 33.

com sua conduta, para a produção do dano; imputabilidade subjetiva da pessoa que não causou imediatamente o dano e não pode ser imputada autora material do dano; imputabilidade subjetiva do autor material do dano, mas não da pessoa que é chamada a responder pela ação daquele; ausência de imputabilidade subjetiva de ambos os sujeitos, mas a lei impõe a cargo de um sujeito a responsabilidade pelos danos.²⁸

De acordo com aquele autor, nas duas primeiras hipóteses, não há que se falar em responsabilidade indireta, mas em responsabilidade solidária por fato de terceiro no primeiro caso, já que decorre de culpa concorrente, e, no segundo caso, responsabilidade direta por fato de terceiro, uma vez que a pessoa que materialmente ocasionou o dano não é imputável, sendo apenas uma espécie de instrumento material do dano, cuja causalidade culposa cabe somente àquele que tinha a obrigação jurídica de evitar o prejuízo. Assim, apenas as duas últimas hipóteses correspondem à responsabilidade indireta, já que não há a imputabilidade subjetiva daquele que não ocasionou materialmente o dano, podendo-se também chamá-la de responsabilidade subsidiária. Pode-se perceber, portanto, que, para classificar a responsabilidade como direta ou indireta, Bonvinici utiliza como critério a imputabilidade subjetiva do responsável pelo autor material do dano.

Há, ainda, autores que criticam não só a identificação da responsabilidade por fato ou ato de terceiro com a responsabilidade indireta, mas também a própria terminologia responsabilidade indireta. Entre eles, pode-se citar Stefano Rodotà, o qual entende que a obrigação de ressarcimento nasce sempre de modo direto, sendo, portanto, incorreto falar-se em responsabilidade indireta.²⁹

A despeito dessa crítica de Rodotà e do entendimento de Bonvinici, mostra-se acertada a identificação da responsabilidade por ato próprio e da responsabilidade por fato de outrem, respectivamente, com a responsabilidade direta e a responsabilidade indireta, desde que se adote, como critério diferenciador, o fato de ser ou não o responsável o agente material do ato causador do dano. Assim, se for responsável por esse ato a pessoa que o praticou pessoalmente, haverá a responsabilidade direta; ao passo que, se alguém for responsável por ato praticado por outrem, haverá a responsabilidade indireta.

Realizadas, ainda que de forma genérica, as distinções entre as principais modalidades de responsabilidade civil, passa-se, neste momento, à análise da responsabilidade civil no âmbito do direito positivo brasileiro.

²⁸ BONVINICI *apud* LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 2000, p. 34/35.

²⁹ RODOTÀ *apud* LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 2000, p. 38.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

3.1 REGRA GERAL: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

O Código Civil brasileiro de 1916 adota, como regra geral, a responsabilidade civil subjetiva, que, como foi visto anteriormente, caracteriza-se pela necessidade de verificação do elemento volitivo do agente causador do dano. De fato, o legislador brasileiro vinculou a responsabilidade à idéia de culpa, conforme se depreende do art. 159 do Código Civil de 1916, *in verbis*:

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.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

Assim sendo, a obrigação de reparar o dano depende de uma atividade voluntária do agente, seja ela dolosa – quando há a intenção do agente em causar o dano –, seja culposa – em sentido estrito, quando o agente atua com negligência imprudência ou imperícia.

Segundo os defensores da teoria subjetiva, não se pode conceber a responsabilidade civil dissociada da idéia de culpa, ao revés, é fundamental que se prove a culpabilidade do agente, ao infringir uma regra legal, moral ou social, para que seja ele obrigado a reparar o dano. Portanto, de acordo com a doutrina subjetiva, “o prejuízo será indenizado não como dano em si mesmo, porém na razão de ter sido causado pelo comportamento do ofensor.”³⁰ Dessa forma, o centro da responsabilidade encontra-se na pessoa do agente e no seu comportamento, e não na pessoa da vítima e no dano a ela causado.

Nesse sentido, explica Caio Mário:

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 35.

Assim considerando, a teoria da responsabilidade subjetiva erige em pressuposto da obrigação de indenizar, ou de reparar o dano, o comportamento culposos do agente, ou simplesmente a sua culpa, abrangendo no seu contexto a culpa propriamente dita e o dolo do agente.

[...]

Assentada a responsabilidade civil sobre esse pressuposto, pode-se repetir, com De Page, que ‘a irresponsabilidade é a regra; a responsabilidade, a exceção’.³¹

De fato, a responsabilidade torna-se exceção porque se configurará apenas se ficar provada a culpa do agente causador do dano. Assim, mesmo que ele tenha agido contrariamente à ordem legal, moral ou social, causando danos a outrem, não será obrigado a reparar esses danos, salvo se for comprovado o seu comportamento culposos.

Da mesma forma, o novo Código Civil consagra, como princípio básico, a responsabilidade subjetiva, conforme se infere de seus arts. 186, que estabelece o conceito de ato ilícito, e 927, *caput*, *in verbis*:

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Entretanto, a despeito de ter mantido a responsabilidade subjetiva como regra geral, o Código Civil de 2002 trouxe uma grande inovação, qual seja, um dispositivo genérico sobre responsabilidade objetiva, admitindo, portanto, a existência da responsabilidade sem culpa. Essa importante inovação reflete a atual tendência à ampliação da responsabilidade objetiva, que será abordada no próximo item.

3.2 TENDÊNCIA À RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Apesar de a responsabilidade subjetiva ter sido adotada como regra geral no direito brasileiro, não se pode negar que o critério da culpa tem-se mostrado insuficiente para a solução de diversos casos de danos, sendo notável a ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva.

³¹ *Idem*, *ibidem*, p. 29/30.

O desenvolvimento técnico e econômico alcançado pela sociedade provocou uma maior intensidade nas relações sociais e, conseqüentemente, uma maior probabilidade de colisões de direitos e de exposição a diversos perigos, tornando-se necessário garantir uma maior proteção às vítimas dos danos. De fato, a responsabilidade fundada na culpa já não se mostrava eficiente na solução dos novos casos surgidos nessa civilização moderna, uma vez que as vítimas encontravam grande dificuldade em provar o comportamento culposos do agente, ficando, muitas vezes, sem ressarcimento do dano sofrido. Conforme explica Eugênio Facchini Neto:

Mudança profunda passou a sofrer a teoria da responsabilidade civil a partir do último quartel do século XIX, acentuando-se ao longo do século XX, em conseqüência dos fenômenos da industrialização, acentuada urbanização e massificação da sociedade. É o que alguns chamam de era do maquinismo. A vida em conglomerados urbanos acarretou a multiplicação dos acidentes. Com a disseminação do uso de máquinas no processo industrial e no cotidiano das pessoas, operou-se sensível modificação na orientação da doutrina e da jurisprudência para o tratamento das questões relativas à responsabilidade civil. ‘Surgiu então a necessidade de socorrer as vítimas’.

Foi aí que a doutrina partiu para a revisão de alguns conceitos até então considerados dogmas, como o da necessidade de uma culpa para justificar o dever de reparar os danos causados por alguém.³²

Nesse contexto, começou a surgir uma série de procedimentos técnicos paliativos ao rigor da responsabilidade subjetiva, a fim de que os novos problemas da sociedade pudessem ser resolvidos. Entre tais procedimentos, Alvino Lima aponta os seguintes: ampliação do conceito de culpa; admissão da idéia de exercício abusivo do direito como ato ilícito; reconhecimento de presunções de culpa; transformação, em alguns casos, da responsabilidade extracontratual em contratual; idéia de responsabilidade por equidade no caso dos atos danosos dos incapazes; admissão da teoria do risco em diversas hipóteses, abrindo inúmeras exceções à responsabilidade baseada na culpa.³³

No que se refere à ampliação do conceito de culpa, esclarece esse doutrinador que existe uma clara tendência à objetivação da culpa, que, cada vez mais, distancia-se de seu conceito tradicional. A esse respeito, afirma ele: “Afasta-se a imputabilidade moral para se apreciar tão-somente o erro de conduta em face do

³² FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo Código*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 157.

³³ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 1998, p. 40, e RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, 2003, p. 152/153.

comportamento do homem normal, excluindo-se, porém, as circunstâncias internas, pessoais, do agente [...]"³⁴.

Também como paliativo da responsabilidade subjetiva, foi desenvolvida a teoria do abuso de direito, segundo a qual, o agente, apesar de agir dentro dos limites objetivos do ordenamento jurídico, causa dano a outrem por desconsiderar a finalidade a que se destina a norma, isto é, o espírito da norma. Essa teoria, presente apenas de forma negativa no Código Civil de 1916, em seu art. 160, I, segunda parte, foi expressamente admitida no novo Código Civil, a teor do disposto em seu art. 187, *in verbis*:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Além disso, desenvolveram-se as presunções de culpa, ficando invertido o ônus da prova, com vistas a facilitar à vítima a obtenção do ressarcimento pelo dano sofrido. Assim, surgiram hipóteses de presunção *juris tantum* e presunção *juris et de jure* de culpa. Na primeira, o fato lesivo é considerado, em si mesmo, culposo, cabendo ao agente provar a ausência de culpa sua ou a existência de uma excludente de responsabilidade. Na segunda, a presunção é absoluta, irrefragável, não se permitindo que o agente prove a ausência de sua culpa. Segundo Alvino Lima, essa presunção irrefragável de culpa destoa completamente do conceito clássico de culpa, correspondendo, na verdade, ao reconhecimento da responsabilidade objetiva, ou melhor, responsabilidade sem culpa.³⁵

É inegável que essas presunções demonstram a insuficiência do critério da culpa para a configuração da responsabilidade civil, constituindo-se, portanto, em um meio-termo entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva. Nesse sentido, ressalta Caio Mário:

[...] um dos aspectos que se identifica como representativos da marcha no sentido da doutrina objetiva, é a teoria da 'culpa presumida'. Trata-se de uma espécie de solução transacional ou escala intermédia, em que se considera não perder a culpa a condição de suporte da responsabilidade civil, embora aí já se deparem indícios de sua degradação como elemento etiológico fundamental da reparação, e aflorem fatores de consideração da vítima como centro da estrutura ressarcitória, para atentar diretamente para as condições do lesado e a necessidade de ser indenizado.³⁶ (Sem sublinhas no original).

³⁴ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 1998, p. 108/109.

³⁵ *Idem, ibidem*, p. 72-75.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 263.

De fato, como bem ensina Aguiar Dias, apesar de haver uma diferença teórica entre a culpa presumida e a responsabilidade objetiva – naquela, a responsabilidade baseia-se, necessariamente, na culpa, seja ela real ou ficta, ao passo que, nesta, sequer se indaga sobre a existência de culpa –, na prática, essa técnica de presunção de culpa corresponde a um “abandono disfarçado ou ostensivo” do princípio da culpa como fundamento único da responsabilidade.³⁷

Outra técnica utilizada para favorecer a vítima consiste na transformação de determinada hipótese de responsabilidade extracontratual em responsabilidade contratual, desonerando-a do encargo probatório, pois, na responsabilidade contratual, como foi visto acima, basta que o credor demonstre que a prestação foi descumprida pelo devedor para que tenha direito à reparação das perdas e danos, ficando invertido o *onus probandi*. Pode-se citar, a título exemplificativo, a hipótese de danos sofridos por passageiro de táxi. Nesse caso, considera-se que o passageiro, ao embarcar no automóvel, estabeleceu um contrato tácito de transporte com o motorista. Assim, para obter o ressarcimento dos prejuízos sofridos, não será necessário que o passageiro demonstre a imprudência ou a negligência do taxista, mas apenas o descumprimento da obrigação deste, que consistia em transportá-lo incólume até o seu destino.

Outro procedimento paliativo ao rigor da responsabilidade subjetiva consiste no reconhecimento da responsabilidade por equidade no caso de atos danosos praticados por incapazes. Tal procedimento foi adotado pelo novo Código Civil, consoante o disposto em seu art. 928, *in verbis*:

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

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Como se pode perceber, reconheceu-se uma responsabilidade baseada na equidade, e não na culpa, de forma que a vítima seja ressarcida pelo prejuízo causado por uma pessoa incapaz, ainda que o responsável por ela não possa responder por tal prejuízo. Assim, conforme explica Aguiar Dias, o dispositivo supracitado deve ser interpretado no sentido de que o patrimônio do incapaz responde pelos danos causados, e não propriamente o incapaz, pois este é inimputável, não podendo ser considerado culpado.³⁸ Verifica-se, portanto, mais uma exceção à regra geral da

³⁷ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v. I, p. 84.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 32.

responsabilidade subjetiva, valorizando-se a pessoa da vítima e a necessidade de reparação do dano.

Ademais, passou a ser admitida, no direito positivo brasileiro, a aplicação da teoria do risco a diversas hipóteses de responsabilidade civil. De acordo com tal teoria, toda ação implica um risco de lesão a interesse ou direito de outrem, devendo o agente suportar o risco de eventual dano causado por um ato seu ou daquele por quem é responsável. Trata-se, portanto, de responsabilidade objetiva, em que não se avalia a culpabilidade do agente, mas, tão-somente, a ocorrência do dano e a autoria do evento danoso, e, obviamente, o nexo de causalidade entre tais elementos. Entre as hipóteses legais de admissibilidade da teoria objetiva da responsabilidade, podem-se citar: responsabilidade por acidentes do trabalho, responsabilidade por danos decorrentes do transporte aéreo, responsabilidade por acidentes nas estradas de ferro, responsabilidade decorrente de coisas lançadas ou caídas em lugar indevido, responsabilidade do preposto do farmacêutico, responsabilidade por acidentes nas minas, responsabilidade por danos ecológicos, responsabilidade por danos ao consumidor.

As hipóteses legais acima elencadas denotam o reconhecimento de que o fundamento da culpa, como único critério de responsabilidade civil, mostra-se insuficiente à reparação de diversos danos surgidos na sociedade moderna, havendo uma inegável tendência à ampliação da responsabilidade objetiva no direito brasileiro. Essa tendência é confirmada pelo novo Código Civil, que estabelece, no parágrafo único do art. 927, um princípio genérico de responsabilidade objetiva, *in verbis*:

Art. 927. [...]

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. (Sem sublinhas no original).

Portanto, a despeito de ter adotado a responsabilidade subjetiva como regra geral, o novo Código admitiu a existência da responsabilidade objetiva, isto é, responsabilidade sem culpa. Assim, há que se reconhecer a convivência das duas espécies de responsabilidade civil no direito positivo brasileiro, conforme doutrina Caio Mário:

Admitiram, portanto, [...] o duplo fundamento para a responsabilidade civil [...].

No primeiro caso, a reparação origina-se da relação causal entre o dano e o comportamento culposos do agente; no segundo, proclama-

se que a indenização provém de uma relação entre o fato danoso e o seu autor, sem se indagar se aquele fato foi ou não causado pela contraveniência a uma norma de conduta predeterminada, porém, advindo de atividade ou profissão que, por sua natureza, gera risco para outrem.

Sendo, entretanto, a verificação da culpa a regra geral, e a responsabilidade sem culpa enunciada em caráter de exceção, vigora esta nos casos legalmente previstos e especificamente enunciados, ou nas hipóteses em que o dano provém da criação de um risco, a que foi exposta a vítima em razão da atividade ou profissão do agente.³⁹

Assim, conclui-se que, ante a insuficiência do critério da culpa para a fixação da responsabilidade em diversas hipóteses de danos surgidas na sociedade, tornou-se imprescindível a busca de um novo fundamento para a responsabilidade extracontratual, de forma a afastá-la, em determinados casos, do elemento subjetivo, isto é, do íntimo do agente ou da possibilidade de previsão ou de diligência deste, e aproximá-la do aspecto objetivo da reparação do dano.

3.3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De acordo com a regra geral adotada pelo direito positivo brasileiro, qual seja, a responsabilidade civil subjetiva, os requisitos ou pressupostos para se configurar tal responsabilidade são os seguintes: ação ou omissão voluntária, culpa do agente, dano e relação de causalidade ou nexo causal.

No que se refere à responsabilidade objetiva, expressamente reconhecida pelo novo Código Civil, não há, obviamente, o pressuposto da culpa, bastando a existência da ação ou omissão, o dano sofrido pela vítima e o nexo de causalidade entre eles.

Passa-se, então, a uma breve análise desses pressupostos da responsabilidade civil.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 275.

3.3.1 AÇÃO OU OMISSÃO

Faz-se importante, neste momento, retornar ao conceito de ato ilícito apresentado pelo Código Civil de 2002:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (Sem sublinhas no original).

Como se pode observar, um dos pressupostos para a responsabilidade civil corresponde à existência de uma ação ou uma omissão, que pode ser do próprio agente ou de terceiro, ou, ainda, consistir em fato de animal ou coisa inanimada. Portanto, o comportamento do agente poderá ser comissivo ou omissivo, sendo importante esclarecer que a comissão configura-se quando se pratica um ato que não deveria efetivar-se, e a omissão, quando não se observa um dever de agir ou não se pratica certo ato que deveria realizar-se.

Ademais, a ação ou omissão deve ser voluntária, isto é, “[...] controlável pela vontade à qual se imputa o fato [...]”⁴⁰. Cumpre ressaltar que essa voluntariedade não pode ser confundida com a vontade de alcançar o resultado danoso, conforme destaca Rui Stoco:

A voluntariedade da conduta não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado [...]. O querer intencional é matéria atinente à culpabilidade *lato sensu*.

[...]

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, ‘cumpre, todavia, assinalar que se não insere, no contexto de ‘voluntariedade’ o propósito ou a consciência do resultado danoso, ou seja, a deliberação ou a consciência de causar prejuízo. Este é um elemento definidor do dolo. A voluntariedade pressuposta na culpa é a da ação em si mesma’.⁴¹

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 19ª ed. Saraiva: São Paulo, 2002, v. 7, p. 38.

⁴¹ STOCO, Rui. *Op. cit.*, 2001, p. 95.

A voluntariedade está relacionada à imputabilidade, consoante ensinamento de Caio Mário: “[...] o elemento subjetivo do ato ilícito, como gerador do dever de indenizar, está na imputabilidade da conduta à consciência do agente. [...] o agente responde em razão de seu comportamento voluntário, seja por ação seja por omissão.”⁴² Nesse sentido, a imputabilidade do agente refere-se à capacidade de entender e de querer, no momento em que for cometido o ato danoso.

Há de se ressaltar, entretanto, que essa imputabilidade à consciência do agente não implica a isenção de reparação do dano causado por um incapaz. Nesse caso, há a responsabilidade dos pais, tutores, curadores pelo fato atribuível ao incapaz ou, conforme prevê o art. 928 do novo Código Civil, os próprios bens deste respondem pelo prejuízo por ele causado.

Pode-se depreender, ainda, dos arts. 186 e 187 do Código Civil de 2002, que a ação ou a omissão voluntária causadora do dano não se restringe àquela que viola a norma jurídica, mas também à que atinge o fim social da norma, a boa-fé ou os bons costumes, correspondendo, portanto, a um abuso de direito.

Além disso, ensina Maria Helena Diniz que a ação ou a omissão geradora da responsabilidade pode ser ilícita ou lícita. Segundo ela, a regra geral é a reparação do dano decorrente de ato ilícito, o qual se liga à idéia de culpa. Entretanto, nos casos de responsabilidade objetiva, a obrigação de reparar o dano pode surgir da prática de um ato lícito, pois seu fundamento não é a culpa, mas sim o risco.⁴³ Assim sendo, a doutrina apresenta o seguinte conceito da ação que enseja a responsabilidade civil:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.⁴⁴

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, na responsabilidade subjetiva, o centro do exame é o ato ilícito, que se consubstancia na transgressão a um dever de conduta, gerando a obrigação de indenizar o prejuízo causado, ao passo que, na responsabilidade objetiva, o ato ilícito mostra-se incompleto, pois é suprimido um de seus elementos constitutivos, qual seja, a culpa.⁴⁵

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 33.

⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2002b, p. 36.

⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 37

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo, Atlas: 2003, v. 4. p. 22.

Ainda a respeito da responsabilidade objetiva, faz-se necessário transcrever este importante esclarecimento de Caio Mário acerca de seus pressupostos:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro), assenta na equação binária cujos pólos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável. Com a teoria do risco, diz Philippe Le Tourneau, o juiz não tem de examinar o caráter lícito ou ilícito do ato imputado ao pretendo responsável: as questões de responsabilidade transformam-se em simples problemas objetivos que se reduzem à pesquisa de uma relação de causalidade.⁴⁶ (Sem sublinhas no original)

3.3.2 CULPA DO AGENTE

Como visto acima, a culpa do agente é um dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, mas não da objetiva.

A conceituação de culpa é uma questão bastante complexa, que gera grande polêmica entre os doutrinadores. No presente trabalho, entretanto, não se objetiva travar uma discussão acerca da definição de culpa. Nesse sentido, apenas se apresentará uma das inúmeras definições e abordar-se-ão os seus elementos constitutivos.

Segundo Alvino Lima, a culpa, em sentido amplo, é a lesão imputável do direito de terceiro ou qualquer fato ou violação de um dever jurídico, e, em sentido estrito, corresponde a um erro de conduta, um desvio de normalidade no agir ou abster-se.⁴⁷ Nas palavras do autor, “culpa é um erro de conduta, moralmente imputável ao agente e que não seria cometido por uma pessoa avisada, em iguais circunstâncias de fato.”⁴⁸

Explica esse doutrinador que as definições de culpa são baseadas na reunião de dois elementos: um objetivo, que consiste na lesão do direito de outrem, num

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 269.

⁴⁷ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 1998, p. 52.

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 69.

dever violado; e um subjetivo, que corresponde à previsibilidade do atentado ao direito de outrem. Essa previsibilidade está relacionada à imputabilidade do agente, conforme explica Maria Helena Diniz:

A imputabilidade abrange a possibilidade, para o agente, de conhecer e de observar o dever, pois para que alguém pratique ato ilícito e responda pela reparação do dano que causou será necessário que tenha capacidade de discernimento, de modo que aquele que não puder ter vontade própria ou for desprovido de entendimento não incorrerá em culpa, por ter inidoneidade para praticar o ato ilícito. Para que haja dever de ressarcir prejuízo, será preciso que o fato gerador possa ser imputável ao seu autor, isto é, que seja oriundo de sua atividade consciente.⁴⁹ (Sem sublinhas no original).

Há de se ressaltar, ainda, que a culpa, elemento constitutivo do ato ilícito, abrange tanto o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, quanto a culpa *stricto sensu*, que corresponde à negligência (inobservância de normas que exigem atuação com cautela, solicitude, capacidade, discernimento), à imprudência (precipitação ou falta de cautela ao agir) ou à imperícia (falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato).

Mostra-se importante, por fim, mencionar as classificações da culpa: em função da natureza do dever violado, há a culpa contratual e a culpa extracontratual ou aquiliana; quanto à sua graduação, pode ser grave (quando o agente, embora não tenha querido o resultado danoso, comporta-se como se o quisesse), leve (quando a lesão de direito puder ser evitada com atenção ordinária, própria de um *bonus pater familias*) ou levíssima (quando a falta puder ser evitada com atenção extraordinária); conforme os modos de sua apreciação, há a culpa *in concreto* (quando se aprecia, em juízo, especificamente a conduta do agente, isto é, sua negligência, imprudência ou imperícia) e a culpa *in abstracto* (quando se aprecia, em juízo, a conduta do agente em face da conduta normal dos indivíduos em geral, isto é, realiza-se uma análise comparativa da conduta do autor do ato com a do homem abstratamente diligente e prudente); em razão do conteúdo da conduta culposa ou do comportamento externo do agente, há a culpa *in vigilando* (quando o agente não atua com a atenção necessária), culpa *in eligendo* (quando o agente faz uma escolha inadequada da pessoa a quem é confiado certo ato), culpa *in committendo ou faciendo* (quando o agente pratica um ato positivo), culpa *in omittendo* (quando o agente é omissor na prática de determinado ato), culpa *in educando* (quando o agente não cumpre adequadamente o dever de educação decorrente do poder familiar).⁵⁰

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2002b, p. 40/41.

⁵⁰ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 1998, p. 57-60; e DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2002b, p. 41-43.

3.3.3 DANO

Outro pressuposto da responsabilidade civil consiste na existência de dano. De fato, não há de se falar em indenização se o ato, comissivo ou omissivo, praticado pelo agente ou por terceiro por quem responde outrem, ou mesmo o fato de animal ou coisa inanimada não provocar prejuízo à vítima. Conforme destaca Rui Stoco,

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

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

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito como de inadimplemento contratual [...] ⁵¹

Com efeito, como é sabido, a responsabilidade civil visa à reparação de um dano causado a outrem, isto é, ao restabelecimento da situação de equilíbrio que existia antes da ocorrência do ato danoso. Assim sendo, mostra-se bastante coerente a exigência do dano como requisito para a configuração da responsabilidade civil, pois, ante a ausência de prejuízo ao direito ou interesse de terceiro, não há o que se reparar, não se devendo, portanto, qualquer indenização.

Cabe ressaltar que o dano sofrido pela vítima pode ser patrimonial ou moral. O primeiro, como o próprio nome indica, refere-se ao prejuízo que atinge a esfera patrimonial ou material da vítima, sendo suscetível de avaliação pecuniária e, portanto, de reparação por meio de reposição em dinheiro. Já o segundo corresponde ao dano que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima, sendo, então, incomensurável e insuscetível de avaliação pecuniária. Assim sendo, ensina Venosa que, nas hipóteses de responsabilidade por dano moral ou imaterial, “a condenação em dinheiro é mero lenitivo para a dor, sendo mais uma satisfação do que uma reparação” ⁵².

É importante frisar que a indenização se presta ao ressarcimento do prejuízo sofrido, de forma que seja restabelecido o equilíbrio quebrado pelo ato danoso, e não à obtenção de vantagem ou ao enriquecimento da vítima.

⁵¹ STOCO, Rui. *A responsabilidade civil*. In: FRANCIULLI NETTO; Domingos, MENDES, Gilmar Ferreira; e MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003, p. 801.

⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 35.

3.3.4 NEXO DE CAUSALIDADE

Tanto na responsabilidade subjetiva quanto na objetiva, é imprescindível que se demonstre o nexo de causalidade entre a ação, fato gerador da responsabilidade, e o dano sofrido pela vítima. Nesse sentido, ressalta Rui Stoco:

É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuricidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, ‘é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria’.⁵³

Para que se configure, então, a responsabilidade civil, deve haver um vínculo entre o prejuízo e a ação, ou seja, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de forma que esta seja a causa daquele.

No entanto, conforme ensina Maria Helena Diniz, não é necessário que o dano resulte apenas do fato que o produziu, bastando se verificar que ele não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Nas palavras da doutrinadora, o referido fato “poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do ano, o agente responderá pela consequência.”⁵⁴

Dessa forma, há certa dificuldade em se provar o nexo de causalidade e se identificar o fato que constitui a verdadeira causa do dano, cabendo ao juiz avaliar, em cada caso concreto, se está realmente determinado o nexo causal, pois este constitui uma *quaestio facti*, e não *quaestio juris*.

Se não ficar demonstrado o nexo de causalidade entre o ato do agente e o prejuízo sofrido pela vítima, não será aquele responsável por tal prejuízo. Nesse contexto, mostra-se importante analisar certas hipóteses que impedem a concretização do nexo causal, podendo-se citar: a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito, a força maior e o fato de terceiro. Tais hipóteses constituem excludentes de responsabilidade, que serão tratadas no item seguinte.

3.4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Há determinadas situações em que, apesar de ter ocorrido o dano, não há a obrigação de ressarcimento à vítima, sendo denominadas, portanto, excludentes

⁵³ STOCO, Rui. *Op. cit.*, 2001, p. 106.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2002b, p. 96.

de responsabilidade civil. Entre elas, podem-se apontar: legítima defesa, exercício regular de direito, estado de necessidade, culpa da vítima, força maior, caso fortuito e fato de terceiro.

Cumpra esclarecer que as três primeiras hipóteses são consideradas excludentes de responsabilidade porque o Código Civil estabeleceu que elas não correspondem a atos ilícitos. Conforme previsto no art. 160 do Código Civil de 1916, *in verbis*:

Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único - Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Da mesma forma, dispõe o art. 188 do Código Civil de 2002, tendo, apenas, incluído a hipótese de lesão a pessoa no caso de remoção de perigo iminente.

No que se refere às outras quatro excludentes supracitadas, são elas assim consideradas porque impedem a formação do nexo de causalidade, sendo indevida a reparação do dano por estar ausente um dos pressupostos da responsabilidade.

Cabe, aqui, traçar breves comentários acerca das excludentes de responsabilidade.

Quanto à legítima defesa, utiliza-se no direito civil o mesmo conceito do direito penal. Assim, reconhece-se que o agente age em legítima defesa quando faz uso dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, contra si, contra seus familiares ou contra seus bens – abrangidos tanto os bens materiais quanto os valores morais. Há de se ressaltar que a defesa deve ser proporcional ao ataque.

No tocante ao exercício regular de direito, cumpre esclarecer que não se entende como ato ilícito aquele praticado pelo agente no exercício de um direito seu, desde que se mantenha nos limites do razoável. Como foi visto anteriormente, caso o indivíduo tenha-se mantido dentro dos limites objetivos da lei, mas tenha violado seus fins sociais ou econômicos, ou mesmo os limites impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes, terá praticado ato ilícito. Assim, cabe ao juiz examinar se, no caso concreto, o indivíduo praticou ou não algum excesso no exercício de seu direito.

No que se refere ao estado de necessidade, também não se considera ato ilícito aquele em que o agente deteriora ou destrói coisa alheia, ou causa lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Há que se ressaltar que somente se admite a escusativa quando as circunstâncias tornarem absolutamente necessária a deterioração ou destruição da coisa alheia ou a lesão a outrem, não se podendo ultrapassar os limites do indispensável para a remoção do perigo. Ademais, conforme dispõem os arts. 1.519 e 1.520 do Código Civil de 1916, assim como os arts. 929 e 930 do Código Civil de 2002, o dono da coisa ofendida (ou a pessoa lesada, no caso do novo Código Civil) terá direito à indenização caso não seja culpado pelo perigo e, caso a culpa do dano seja de terceiro, poderá o agente mover contra ele ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao dono da coisa (ou à pessoa lesada).

Quanto à hipótese de culpa da vítima, há que se distinguirem as seguintes situações: culpa exclusiva e culpa concorrente. No caso de culpa exclusiva da vítima, impede ela a concretização do nexo causal entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima, não sendo devida nenhuma indenização, uma vez que não ficou configurado um dos pressupostos da responsabilidade. Em se tratando de culpa concorrente, será devida a indenização pelo agente, mas apenas na proporção de sua culpa, conforme previsto no art. 945 do novo Código Civil. Assim sendo, “[...] a culpa da vítima ‘exclui ou atenua a responsabilidade, conforme seja exclusiva ou concorrente’.”⁵⁵

No tocante ao fato de terceiro, cumpre lembrar que ele pode importar em responsabilidade (por exemplo, a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores), conforme visto acima, ou pode corresponder a uma excludente dela. Ensina Caio Mário que, para se considerar o fato de terceiro como excludente de responsabilidade, devem-se observar dois aspectos fundamentais, quais sejam: o terceiro é aquela pessoa estranha ao binômio agente e vítima; o dano decorre da conduta do terceiro. Nesse sentido, ressalta o referido doutrinador:

[...] a participação do terceiro altera a relação causal. Ocorre o dano, identifica-se o responsável aparente, mas não incorre este em responsabilidade, porque foi a conduta do terceiro que interveio para negar a equação agente-vítima, ou para afastar do nexo causal o indigitado autor.

A participação da pessoa estranha na causação do dano pode ocorrer de maneira total ou parcial [...]. Apenas no primeiro caso é que se pode caracterizar a responsabilidade do terceiro, porque somente

⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 298.

então estará eliminado o vínculo de causalidade entre o dano e a conduta do indigitado autor do dano.⁵⁶

Por fim, há o caso fortuito e a força maior como excludentes da responsabilidade civil. Doutrinariamente, distingue-se o caso fortuito da força maior por corresponder aquele a um acontecimento natural, isto é, derivado da força da natureza – por exemplo, terremoto, inundação, incêndio –, e esta, a atos humanos – tais como guerras, greves, ação de autoridades. Todavia, explica Caio Mário que essas duas hipóteses foram tratadas indistintamente pelo legislador brasileiro, que atribuiu a elas um só efeito⁵⁷, conforme o previsto no art. 1.058 do Código Civil de 1916 e no art. 393 do novo Código Civil, o qual se transcreve:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Dessa disposição legal, podem-se inferir os requisitos para a configuração dessas excludentes: necessariedade, pois só o acontecimento que gera obrigatoriamente o ato danoso não enseja a indenização; e inevitabilidade, sendo imprescindível que não se possam impedir os efeitos do evento danoso. Ressalta Caio Mário que alguns autores acrescentam, ainda, o requisito da imprevisibilidade, entretanto, defende ele que esta “[...] não é requisito necessário, porque muitas vezes o evento, ainda que previsível, dispara como força indomável e irresistível. A imprevisibilidade é de se considerar quando determina a inevitabilidade.”⁵⁸

Importa esclarecer que o caso fortuito e a força maior são excludentes porque o dano causado à vítima não decorre de um ato do agente, mas sim de um acontecimento que escapa ao poder deste, faltando, portanto, o pressuposto do nexo causal.

Assim sendo, nas situações acima analisadas, mesmo que haja uma ação ou omissão do agente e a ocorrência de dano, não será necessária a reparação de tal dano pelo agente, por não ficar configurado um ato ilícito ou por não ser concretizada a relação de causalidade entre a ação ou a omissão do agente e o dano.

⁵⁶ *Idem, ibidem*, p. 301.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, p. 304.

⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 304.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS MENORES

4.1 NOÇÕES GERAIS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO BRASILEIRO

A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores consiste em uma hipótese de responsabilidade civil indireta ou complexa, considerando-se que ocorre a responsabilidade de uma pessoa pelo ato danoso materialmente praticado por outrem.

Como foi visto anteriormente, a responsabilidade por fato de terceiro verifica-se apenas nas hipóteses previstas legalmente, havendo, em geral, uma relação jurídica entre o agente material do dano e a pessoa que responde por tal prejuízo. Dessa forma, não é de se estranhar que a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos seja determinada por previsão legal e, é claro, que esteja intimamente relacionada ao vínculo existente entre eles – vínculo esse decorrente do poder familiar que os pais exercem sobre seus filhos menores.

Faz-se importante, então, para o estudo dessa responsabilidade e, em especial, para a análise de seu fundamento, traçar sua evolução histórica no direito brasileiro.

A primeira lei que estabeleceu um sistema racional de reparação do dano, no Brasil, foi o Código Criminal de 1830, que, embora considerasse inimputáveis os menores de quatorze anos (conforme o previsto no art. 10), dispunha, em seu art. 11, que os bens desses menores estariam sujeitos à satisfação do mal que eventualmente causassem. A essa época, não havia separação entre o âmbito cível e o criminal, abrangendo este a questão do ressarcimento dos danos civis sofridos pela vítima.⁵⁹

Na Consolidação das leis civis, elaborada por Teixeira de Freitas, a matéria continuou a ser tratada da mesma forma, sendo repetido o conteúdo dos arts. 10 e 11 do Código Criminal de 1830 no art. 808 da Consolidação.

O Código Penal de 1890 voltou a regular a matéria de direito civil, repetindo, em seu art. 31, o que dispunha o art. 11 do Código Criminal do Império.

⁵⁹ KARAM, Munir. Responsabilidade civil dos pais pelo fato do filho. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 65, p. 397.

A nova Consolidação das leis civis, elaborada por Carlos de Carvalho, em 1899, manteve o mesmo tratamento anterior, dando ênfase, entretanto, à separação das jurisdições cível e criminal.

Observa-se, assim, que, antes do Código Civil de 1916, os bens dos menores de quatorze anos ficavam sujeitos à reparação dos danos por eles causados, embora fossem inimputáveis.

De acordo com Munir Karam, o projeto primitivo do Código Civil de 1916 – projeto Clóvis Beviláqua – mantinha essa orientação, equiparando o menor, sem distinção de idade, ao maior, para os efeitos das obrigações resultantes dos atos ilícitos. Contudo, posteriormente, houve o acréscimo dos limites de idade: sendo equiparado apenas o menor entre quatorze e vinte e um anos.⁶⁰ Por fim, estabeleceram-se os limites entre dezesseis e vinte e um anos, ficando assim redigido o art. 156 do Código Civil de 1916: “O menor, entre 16 (dezesseis) e 21 (vinte e um) anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado.”

Ademais, também em conformidade com o projeto primitivo elaborado por Beviláqua, determinava-se a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, cabendo ao responsável (isto é, aos pais) o ônus da prova de não ter concorrido para o dano. Entretanto, explica Munir Karam que uma emenda aprovada pelo Senado Federal modificou a redação primitiva do texto, resultando no art. 1.523 do Código Civil de 1916. Assim, a matéria em questão ficou disciplinada da seguinte maneira:

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

A interpretação do art. 1.523 deu margem a controvérsias: alguns doutrinadores entendiam que cabia à vítima provar que os pais haviam concorrido culposamente para o dano, ao passo que outros defendiam a presunção de culpa dos pais, os quais deveriam provar sua não-culpa ou a existência de alguma excludente de culpabilidade.

⁶⁰ *Idem, ibidem*, p. 397.

Essa discussão foi resolvida pelo Código de Menores de 1927 (Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), que alterou o art. 1.523 do Código Civil de 1916, criando uma presunção relativa de culpa dos progenitores, conforme se depreende de seu art. 68, § 4º, *in verbis*: “São responsáveis pela reparação civil do dano causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumba legalmente a vigilância, salvo se provarem que não houve de sua parte culpa ou negligência”.

Entretanto, esse dispositivo foi revogado pelo Código de Menores de 1979 (Lei n. 6.697/79, de 10 de outubro de 1979), o qual nada dispôs a respeito do assunto. Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), substituiu o Código de Menores de 1979, mantendo-se omissos em relação à matéria. Assim, reapareceram as controvérsias em torno da responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos menores.

Alguns passaram a defender que o art. 1.523 do Código Civil de 1916 não poderia voltar a ter vigência, uma vez que, no direito brasileiro, não se admite efeito repristinatório de lei, salvo se houver expressa disposição em contrário, a teor do que dispõe o art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil: “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”. Dessarte, apenas o art. 1.521, I, do Código Civil de 1916 teria vigência, de forma que estaria estabelecida a responsabilidade objetiva dos pais pelos atos dos filhos menores. A esse respeito, apresentou Silvio Rodrigues o seguinte entendimento:

Examinando-se o dispositivo, agora que vige sem a restrição que era sua irmã gêmea (prova de culpa do pai a ser produzida pela vítima), nota-se que a revogação do Código de Menores de 1927 ampliou consideravelmente a responsabilidade dos pais, pois lhes tirou a válvula de escape, representada pela possibilidade de ilidir sua responsabilidade, provando que não houve culpa ou negligência de sua parte. Sua responsabilidade, dadas certas circunstâncias, é objetiva, pois não mais existe a presunção de culpa, consignada no Código de 1927.⁶¹

No mesmo sentido, posicionou-se Maria Helena Diniz:

É preciso lembrar que o art. 1.523 do Código Civil de 1916 foi revogado pelo Código de Menores de 1927, que, por sua vez, perdeu vigência em razão da promulgação do Código de Menores de 1979 (atualmente revogado pela Lei n. 8.069/90), mas que nem por isso restabeleceu o art. 1.523, ante o disposto na Lei de Introdução ao

⁶¹ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 69.

Código Civil, art. 2º, § 3º. Desse modo a responsabilidade do pai pelo ato ilícito do filho menor já era objetiva, por não mais existir a presunção de culpa estabelecida no Código de Menores [...]»⁶².

Por outro lado, alguns doutrinadores entenderam que a revogação do Código de Menores de 1927 em nada alterou a situação da responsabilidade dos pais pelos atos de seus filhos menores, continuando a haver a presunção de culpa dos pais. Segundo eles, o art. 1.523 do Código Civil de 1916 continuou a ter vigência, sendo interpretado no sentido de se admitir a presunção *juris tantum* de culpa. Nesse sentido, afirma Antonio Junqueira de Azevedo:

A revogação do antigo Código de Menores e sua substituição pelo atual (Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979), que não traz preceito idêntico ou semelhante ao anterior, não altera, a nosso ver, a situação; deixando de lado o argumento de que a substituição da lei revogadora não dá nova vigência à lei revogada (não ocorre a chamada repristinação – cf. LICC, art. 2º, § 3º), é preciso não perder de vista que o antigo Código de Menores, com o preceito supra transcrito, somente veio confirmar a tendência hermenêutica preexistente e não, propriamente, alterar o disposto no Código Civil. Na realidade, mesmo sem o antigo preceito do Código de Menores, a presunção de culpa dos pais já se deveria entender como existente, invertendo o ônus da prova.⁶³ (Sem sublinhas no original).

Há de se ressaltar que mesmo aqueles doutrinadores que entenderam ter sido revogado o art. 1.523 do Código Civil de 1916, não podendo haver seu efeito repristinatório, admitiram que a revogação do art. 68, § 4º, do Código de Menores de 1927 não foi premeditada, de forma que se tornou mais conveniente, para que se evitassem injustiças, manter a presunção de culpa dos pais pelos atos dos filhos menores.⁶⁴ De fato, a jurisprudência consagrou a presunção *juris tantum* da culpa dos pais pelos atos de seus filhos menores.

Contudo, o Código Civil de 2002 veio alterar tal situação, ampliando a responsabilidade dos progenitores, ao estabelecer sua responsabilidade objetiva pelos atos danosos dos filhos menores, a teor do que dispõem os arts. 932, I, e 933, *in verbis*:

⁶² DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2002b, p. 453.

⁶³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade civil dos pais. In: CAHALI, Yussef Said (Coord.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. atual., 1988, p. 61.

⁶⁴ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 69/70, e DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2002b, p. 453.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

[...].

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (Sem sublinhas no original).

Essa evolução da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos menores será melhor desenvolvida posteriormente, uma vez que constitui tema central deste trabalho a análise do fundamento da responsabilidade dos pais.

Antes de passar ao próximo tópico, em que se abordará a questão das condições específicas da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos, há que se destacar outra modificação introduzida pelo Código Civil de 2002, qual seja, a possibilidade do patrimônio do incapaz responder pelos prejuízos por ele causado, conforme prevê o art. 928 do referido diploma legal, *in verbis*:

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

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Observa-se, portanto, que o novo Código Civil, ao introduzir tais inovações, tem em vista a valorização da pessoa da vítima e a reparação dos danos sofridos por esta, conforme se verificará no decorrer do presente trabalho.

4.2 CONDIÇÕES DA RESPONSABILIDADE

4.2.1 MENORIDADE DO FILHO

A primeira condição para a determinação da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos consiste na menoridade destes, conforme prevêm tanto o art. 1.521, I, do Código Civil de 1916 quanto o art. 932, I, do Código Civil de 2002.

Mostra-se plenamente coerente tal requisito legal para a responsabilização dos pais, uma vez que os menores são considerados incapazes e inimputáveis (salvo os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos, que, apesar de relativamente incapazes, são considerados imputáveis, apenas no Código Civil de 1916, a teor do disposto em seu art. 156) e estão submetidos ao poder familiar.

De acordo com o Código Civil de 1916, são considerados menores os indivíduos que possuem menos de vinte e um anos de idade (art. 9º, *caput*). Essa menoridade foi reduzida pelo novo Código Civil, sendo menores apenas aqueles que têm idade inferior a dezoito anos (art. 5º, *caput*).

Como é sabido, no direito brasileiro, os menores de idade, apesar de terem capacidade de gozo ou de direito, não têm capacidade de fato ou de exercício, ou seja, não têm capacidade de praticar, por si sós, atos civis. Conforme explica Maria Helena Diniz,

[...] a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil, dependendo, portanto, do discernimento, que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, da aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.⁶⁵

Há de se ressaltar, entretanto, que a incapacidade dos menores pode ser absoluta ou relativa. São absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos (art. 5º do CC/1916 e art. 3º do CC/2002), de forma que não podem exercer seus direitos direta ou pessoalmente, devendo ser representados por seus pais ou tutor. Já os maiores de dezesseis e menores de vinte e um (art. 6º do CC/1916) e, a partir do novo Código Civil, os maiores de dezesseis e menores de dezoito (art. 4º do CC/2002) são considerados relativamente incapazes, devendo ser assistidos por seus pais ou por seu tutor para a prática de atos da vida civil.

Conforme foi visto acima, a regra geral de responsabilidade civil adotada pelo sistema jurídico brasileiro pressupõe a imputabilidade do agente, que corresponde a um dos elementos integrantes da culpa. A esse respeito, ensina Maria Helena Diniz:

A imputabilidade, elemento constitutivo de culpa, é atinente às condições pessoais (consciência e vontade) daquele que praticou o ato lesivo, de modo que consiste na possibilidade de se fazer referir um ato a alguém, por proceder de uma vontade livre. Assim, são

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado. 8ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5.

imputáveis a uma pessoa todos os atos por ela praticados, livre e conscientemente. Portanto, ter-se-á imputabilidade, quando o ato advier de uma vontade livre e capaz. Para que haja imputabilidade é essencial a capacidade de entendimento (ou discernimento) e de autodeterminação do agente.⁶⁶ (Sem sublinhas no original).

Assim sendo, os menores são considerados inimputáveis, pois são desprovidos dessa capacidade de entendimento ou de discernimento.

A despeito disso, o Código Civil de 1916, como foi visto acima, equiparou o menor relativamente capaz ao maior, para fins de reparação dos atos ilícitos cometidos, conforme dispôs em seu art. 156: “O menor, entre 16 (dezesseis) e 21 (vinte e um) anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado.” Assim, admitiu a imputabilidade dos menores relativamente incapazes.

Essa imputabilidade dos menores relativamente incapazes trouxe uma série de controvérsias entre os doutrinadores. Por um lado, há o entendimento de que o reconhecimento da responsabilidade deles pelos danos que causarem afasta a responsabilidade de seus pais. Nesse sentido, afirma Orlando Gomes:

[...] o Código Civil pátrio dispõe no art. 156 que o menor entre 16 e 21 anos equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes do ato ilícito, em que for culpado. Atribui-lhe capacidade delitual. Assim sendo, não procede a opinião difundida de que, não obstante essa maioria por equiparação legal, o pai continua responsável pelo filho quanto a essas obrigações.⁶⁷ (Sem sublinhas no original).

No mesmo sentido, argumenta Mário Moacyr Porto:

A presunção de culpa ou de responsabilidade dos pais em relação aos filhos não abrange aqueles que, por lei, são considerados maiores. Para que o pai se vincule à responsabilidade do filho considerado maior por ato ilícito da autoria deste último é mister que o pai tenha concorrido com a sua culpa para o ato ilícito e danoso, nos termos do que preceitua o art. 159 do CC. Se assim não fora, o art. 156 careceria de sentido prático; seria, a bem dizer, uma superfetação.⁶⁸

Por outro lado, a maioria dos doutrinadores entende que essa previsão de responsabilidade do menor entre dezesseis e vinte e um anos de idade, presente no

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2002b, p. 44.

⁶⁷ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 12ª ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 292.

⁶⁸ PORTO, Mário Moacyr. *Temas de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 60.

Código Civil de 1916, não exclui a responsabilidade de seus pais. Nesse sentido, bem ensina José de Aguiar Dias:

A responsabilidade paterna, como decorrente que é dos deveres 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 Código Civil, esteja, para efeito de ato ilícito, equiparado ao maior [...] ⁶⁹ (Sem sublinhas no original).

Assim, apesar da equiparação dos menores relativamente incapazes aos maiores, subsiste a responsabilidade dos pais em relação aos atos desses filhos. Contudo, segundo Alvino Lima, a responsabilidade dos pais, nesse caso, é meramente subsidiária.⁷⁰ Diversamente, posiciona-se a maioria dos doutrinadores no sentido de que tal responsabilidade é solidária. Nesse sentido, afirma Carlos Alberto Gonçalves:

Malgrado a opinião de Alvino Lima [...] de que a responsabilidade dos pais é subsidiária, tem prevalecido a corrente que entende ser solidária a responsabilidade dos pais, podendo a vítima, em consequência, mover a ação contra o menor de 16 a 21 anos, ou contra seus pais, ou contra ambos (litisconsórcio passivo). Se o menor for absolutamente incapaz, a ação somente poderá ser movida contra os seus responsáveis.

Na doutrina, referem-se à responsabilidade solidária dos pais, dentre outros, Caio Mário da Silva Pereira [...], Maria Helena Diniz [...], Antonio Junqueira de Azevedo [...], Carvalho Santos [...].

A jurisprudência também entende, maciçamente, ser caso de responsabilidade solidária [...] ⁷¹ (Sem sublinhas no original).

Parece, realmente, mais acertada a orientação de que há uma responsabilidade solidária entre os pais e os filhos relativamente incapazes. De fato, o art. 1.521, I, do Código Civil de 1916 não se refere apenas a menores absolutamente incapazes, ao revés, estabelece que os pais respondem pelos atos dos filhos menores, sem fazer qualquer restrição relacionada à idade destes. Ademais, dispõe o art. 1.518, parágrafo único, do mesmo diploma legal que “são solidariamente responsáveis com os autores os cúmplices e as pessoas designadas no art. 1.521”. Sem dúvida, tal disposição corrobora o entendimento de que há responsabilidade solidária entre os pais e os menores entre dezesseis e vinte e um anos.

⁶⁹ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v. II, p. 514.

⁷⁰ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 2000, p. 322.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 107.

Da mesma forma, o novo Código Civil estabelece, em seu art. 932, I, que os pais respondem pelos atos dos filhos menores, sem restringir a idade destes, e repete, no art. 942, parágrafo único, o conteúdo do art. 1.518, parágrafo único, do Código Civil de 1916. Entretanto, não equipara o menor relativamente incapaz ao maior, isto é, não traz dispositivo correspondente ao art. 156 do Código de 1916, considerando, portanto, inimputáveis tanto os menores absolutamente incapazes quanto os relativamente incapazes.

A despeito disso, como foi visto anteriormente, o novo Código Civil traz uma inovação no que se refere à reparação dos danos causados por incapazes, dispondo, em seu art. 928, que eles respondem pelos prejuízos que causarem, caso as pessoas por eles responsáveis não tenham obrigação de responder ou não disponham de meios suficientes para tanto, e desde que não fiquem privados do necessário à sua manutenção ou à das pessoas que deles dependam. Há de se ressaltar, entretanto, que tal dispositivo deve ser entendido no sentido de que o patrimônio do incapaz, e não propriamente o incapaz, responde pelos prejuízos por ele causados, uma vez que ele é considerado inimputável. Nesse sentido já se posicionava José de Aguiar Dias ao analisar o projeto do novo Código Civil:

Ora, o incapaz não responde, precisamente porque é incapaz e, ainda, como se lê no Projeto, porque alguém responde por ele, é por ele responsável. Mais exato seria dizer que o patrimônio do incapaz constitui garantia da reparação do dano por ele causado e que por essa obrigação responde solidariamente aquele a quem incumbe sua guarda.⁷²

Assim, pode-se dizer que o patrimônio do incapaz responde pelo prejuízo que ele causou, devendo-se observar, entretanto, as condições estabelecidas no art. 928 do Código Civil de 2002. Conforme explica Sílvio de Salvo Venosa:

[...] na lei nova não mais se aplica o princípio do art. 156 do Código antigo. Os pais respondem primeiramente com seu patrimônio; se não tiverem patrimônio suficiente, poderá ser atingido o patrimônio do menor. Entretanto, a nova lei menciona que nesse caso a indenização será eqüitativa e não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem [...] ⁷³ (Sem sublinhas no original).

Portanto, os pais continuam sendo responsáveis pelos atos dos filhos menores, sejam eles relativa ou absolutamente incapazes, podendo o patrimônio desses filhos responder apenas subsidiariamente pela reparação dos danos que causarem.

⁷² DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v. I, p. 32.

⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 65.

Dessa forma, importa ressaltar que não se evidencia qualquer contradição entre o art. 928 e o art. 932, I, do Código Civil de 2002, pois o segundo estabelece uma responsabilidade principal, ao passo que o primeiro, uma responsabilidade subsidiária. A esse respeito, bem esclarece Rui Stoco:

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

Note-se que essa disposição harmoniza-se com a do art. 928, que estabelece a responsabilidade subsidiária do menor pelos atos danosos que praticar, enquanto que o art. 932, inciso I do mesmo Código fixa a responsabilidade principal dos pais pelos atos dos filhos e reforça tanto quanto ficou estabelecido na primeira regra legal.

Se crítica merece o Código é no sentido de que a disposição física do art. 928 no respectivo capítulo parece equivocada e sugere confusão e dificuldade de entendimento, pois a exceção veio antes da regra, ou seja, aquela estabelecida nos incisos I e II do art. 932.⁷⁴

Verifica-se que essa inovação introduzida pelo Código Civil de 2002 não elide a responsabilidade dos pais pelos atos de seus filhos menores, ao revés, além de se harmonizar com tal responsabilidade, demonstra uma maior preocupação com a pessoa da vítima, pois assegura a esta a reparação, de forma equitativa, dos danos causados pelos menores, nas hipóteses em que os pais não tenham obrigação de responder ou não disponham de meios suficientes.

4.2.1.1 EMANCIPAÇÃO

A emancipação dos filhos menores provoca profundas divergências doutrinárias no que respeita à sua influência na responsabilidade civil dos pais.

Alguns autores entendem que a emancipação equivale à maioridade, sendo rompida a relação de subordinação legal dos filhos aos pais e, portanto, extinto o poder familiar, de forma que não cabe mais aos pais a responsabilidade pelos atos danosos de tais filhos. Entre tais autores, pode-se apontar Mário Moacyr Porto, segundo o qual:

[...] nos casos de emancipação previstos no art. 9º, § 1º, do CC, é igualmente indubitável que cessa a obrigação legal dos pais de

⁷⁴ STOCO, Rui. *Op. cit.*, 2003, p. 817.

exercerem a vigilância sobre a pessoa do filho emancipado, pois a emancipação extingue o pátrio poder (art. 392, II, do CC).

Se a emancipação resultante de concessão do pai ou da mãe (art. 9º, § 1º, I, do CC) foi dada para livrar os pais de qualquer responsabilidade pela conduta reprovável ou leviana do filho, não vale o ato, por ter sido cometido em fraude à lei.⁷⁵

No mesmo sentido, posiciona-se Alvino Lima, ressaltando que, nos casos em que a emancipação tenha sido concedida pelos pais com vistas à exoneração de qualquer obrigação de ressarcimento de dano causado pelos filhos, vislumbra-se a hipótese de fraude à lei. Nesse caso, o pai responderia pelo ato danoso do filho, desde que fosse anulada a escritura de emancipação.⁷⁶

Diversamente, sustentam outros autores que a emancipação voluntária dos filhos em nada altera a responsabilidade dos pais. Argumentam, nesse sentido, que o pai pode conferir a emancipação ao filho justamente para eximir-se de qualquer responsabilidade pelos atos danosos eventualmente praticados pelo menor. Nessa esteira, afirma Munir Karam:

O ato voluntário da emancipação deve corresponder à realidade dos fatos. Se o filho emancipado continua a viver na companhia dos pais, a deles depender, a seguir suas ordens, a viver às suas expensas, torna-se evidente que a emancipação se realizou apenas no plano formal, sem suporte fático. De igual modo, se o filho não possui ainda maturidade suficiente, segurança no seu comportamento, não se mostra capaz de gerir os seus atos na vida civil, tem-se que a emancipação foi um ato irrefletido. O filho continua dependente dos pais e sob o seu poder. Este tipo de emancipação não pode produzir efeitos liberatórios da responsabilidade do pai em relação aos atos danosos do filho.⁷⁷ (Sem sublinhas no original).

Da mesma forma, posiciona-se José de Aguiar Dias, segundo o qual, em nada influi o fato do menor ter sido

[...] emancipado, por ato do pai, desde que a emancipação se revela como ato impensado, em face do ato ilícito do menor, acarretando a responsabilidade, quando não com fundamento no art. 1.521, pelo menos em face dos princípios comuns do art. 159.⁷⁸

⁷⁵ PORTO, Mário Moacyr. *Op. cit.*, p. 61.

⁷⁶ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 2000, p. 44.

⁷⁷ KARAM, Munir. *Op. cit.*, p. 404.

⁷⁸ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v. II, p. 514.

Na jurisprudência, prevaleceu o segundo entendimento, tendo decidido o Supremo Tribunal Federal que “[...] ainda que o filho menor púbere seja emancipado, o pai, não obstante, é também responsável pela reparação civil, nos termos do art. 1.521 e 1.523 do CC” (RTJ 62/108).⁷⁹

Entre os posicionamentos apresentados, parece mais adequado considerar que a emancipação concedida voluntariamente aos filhos, isto é, a emancipação fundada no art. 9º, § 1º, I, do Código Civil de 1916 e, agora, no art. 5º, parágrafo único, I, do novo Código Civil, não enseja a exoneração da responsabilidade dos pais. De fato, um ato de mera liberalidade dos pais não pode isentá-lo de sua responsabilidade pelos atos danosos dos filhos, pois seria injusto deixar a vítima sem a reparação dos prejuízos sofridos, ou mesmo dificultar tal reparação. No tocante às demais hipóteses de emancipação, previstas no art. 9º, § 1º, II a V, do Código Civil de 1916 e no correspondente art. 5º, parágrafo único, II a V, do novo Código Civil, entende-se que a emancipação exonera os pais da responsabilidade pelos atos danosos praticados pelos filhos.

4.2.2 EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

Como foi visto anteriormente, a responsabilidade civil pelo fato de terceiro pressupõe a existência de uma relação, um vínculo jurídico, entre o responsável e o terceiro que pratica materialmente o ato lesivo. Assim, a responsabilidade dos pais pelos atos danosos dos filhos menores, sendo hipótese de responsabilidade por fato de terceiro, apresenta como requisito a existência de um vínculo jurídico entre os pais e os filhos menores. Tal vínculo relaciona-se ao exercício do poder familiar, pois, para que surja a responsabilidade do pai ou da mãe pelos atos danosos de seus filhos menores, estes devem estar subordinados ao poder ou à autoridade daqueles. Esse requisito é exigido tanto pelo Código Civil de 1916 quanto pelo novo Código Civil, conforme se depreende de seus respectivos dispositivos:

Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia;

[...] (Sem sublinhas no original).

⁷⁹ STOCO, Rui. *Op. cit.*, 2001, p. 714.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

[...] (Sem sublinhas no original).

Há de se ressaltar que a substituição da palavra poder por autoridade não traz qualquer consequência prática. Conforme doutrina Sílvio de Salvo Venosa:

[...] os pais são responsáveis pela reparação civil decorrente de atos ilícitos praticados pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. O novo Código menciona os filhos que estiverem sob a ‘autoridade’ dos pais, o que não muda o sentido da dicção legal [...]⁸⁰ (Sem sublinhas no original).

Na verdade, tanto um termo quanto o outro se referem à necessidade de que o filho menor esteja submetido ao poder familiar, para que se configure a responsabilidade dos pais por seus atos danosos.

O poder familiar consiste em um conjunto de direitos e deveres exercidos pelos pais em relação aos filhos e seus bens, com o intuito de educá-los e protegê-los até que atinjam a maioridade. Sobre tal poder, afirma José Antonio de Paula Santos Neto:

O que não se pode perder de vista é o liame fundamental entre pais e filhos, do qual deflui, por razões naturais, uma precedência dos primeiros em autoridade, mas também uma postura tutelar destes em relação aos segundos [...]⁸¹.

O exercício do poder familiar, além de decorrer de razões naturais, encontra-se legalmente previsto, a teor do disposto no art. 379 do Código Civil de 1916 e no art. 1.630 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

Nesse ponto, cabe comentar a inovação introduzida pelo Código Civil de 2002 no que diz respeito à denominação pátrio poder, substituindo-a por poder familiar, deixando patente que ele é exercido tanto pelo pai quanto pela mãe.

Apesar de alguns doutrinadores, entre eles Sílvio Rodrigues, criticarem o fato de ter sido mantida a palavra poder – por conservar traços de supremacia

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 61/62.

⁸¹ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 58.

dos pais –, há de se reconhecer que a denominação anterior era inadequada e ultrapassada. Conforme pontua Aparecida Maria Valadares da Costa Gonçalves, mostra-se

[...] oportuna a nova designação para poder familiar, que se relaciona, antes, não somente com o alcance mais amplo da responsabilidade conjunta dos pais, mas também porque abandonou de vez o enfoque arcaico e que considerava apenas o homem legitimado para o exercício de direitos no interesse dos filhos e da família, mantendo a mulher em posição subalterna. A modificação da designação do instituto pelo Novo Código, certamente, deixa explícito que o exercício dessa gama de direitos e deveres decorrentes do ‘poder familiar’ então disciplinada, é conferida expressamente a ambos os genitores, de forma simultânea e igualitária, em conformidade com o disposto no art. 1.690, 1ª parte do Novo Código Civil [...].⁸²

Feita essa ponderação acerca de sua nova denominação, cabe voltar à análise do instituto do poder familiar. É importante frisar que tal poder não consiste apenas em um dever imposto por lei, mas também em um direito, exercido no interesse da família. Como ensina José Antonio de Paula Santos Neto, o poder familiar, em relação aos filhos, constitui um poder-dever e, perante terceiros, corresponde a um direito subjetivo. A esse respeito, afirma o doutrinador:

É poder porque traz ínsita a idéia de autoridade. E dever porque seu exercício constitui verdadeira obrigação.

[...]

Já se viu, outrossim, que é um *múnus*. Mas não parece apropriado dar excessiva ênfase à sua natureza pública. Como se disse, é correta a premissa de que existe interesse estatal em que os menores sejam adequadamente assistidos. Contudo, o interesse maior em que isso aconteça, que prevalece, que está em primeiro plano e que dá cor ao instituto em pauta é o interesse da própria família.⁸³

Dessa forma, o exercício do poder familiar envolve uma série de direitos e deveres dos pais, que estão legalmente previstos, conforme dispõe o art. 1.634 do Código Civil de 2002 (correspondente ao art. 384 do CC/1916), *in verbis*:

⁸² GONÇALVES, Aparecida Maria Valadares da Costa. O poder familiar: breves considerações à luz do novo Código Civil. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos Reis (coord.); OLIVEIRA, Rogério Alvarez de; e FRANCO, Eloísa Virgili Canci (org.). *Questões de Direito Civil e o novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, p. 374.

⁸³ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Op. cit.*, p. 59.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

[...]

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

Assim sendo, entre os deveres dos pais, encontram-se a guarda, a vigilância e a educação de seus filhos, sendo compreensível, dessarte, que se responsabilizem por eventuais danos decorrentes dos atos destes. A esse respeito, afirma José de Aguiar Dias:

Essa espécie de responsabilidade, portanto, se relaciona intimamente com o exercício do pátrio poder, e deve ser julgada em função desse dever, que impõe ao seu titular obrigações de conteúdo especial, notadamente no tocante à vigilância.⁸⁴

Ressalta esse doutrinador que, na verdade, não basta o exercício do poder familiar, sendo essencial haver a coincidência entre esse poder e a obrigação de vigilância, para que surja a obrigação de reparação dos prejuízos causados pelo filho. De fato, há casos em que, apesar de ser mantido o poder familiar, a obrigação de vigilância do menor é delegada a outrem, ou mesmo, incumbe apenas a um dos pais, o que detém a guarda do filho, não se mostrando coerente responsabilizar aquele que não tem o dever de vigilância. Assim, o próprio texto legal exige que o menor esteja sob o poder ou a autoridade e em companhia dos pais. Faz-se importante, então, passar à análise desse requisito.

4.2.3 COABITAÇÃO

Além da menoridade e da submissão do filho ao poder ou à autoridade dos pais, existe o requisito da coabitação para que se configure a responsabilidade dos pais pelos atos danosos do filho menor, ou seja, é preciso que o filho menor viva na companhia dos pais, conforme prevêm os arts. 1.521, I, do Código Civil de 1916, e 932, I, do novo Código Civil.

Conforme explica Alvino Lima, a coabitação dos filhos menores com os pais consiste em um dever imposto a estes, como decorrência do direito de guarda.

⁸⁴ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v. II, p. 512.

Impõe-se tal condição para que o genitor possa educar seus filhos, dirigir-lhes a conduta e fiscalizá-los convenientemente.

Entretanto, esclarece esse doutrinador que o simples afastamento do filho da casa de seus pais, por si só, não elide a responsabilidade destes, principalmente se ocorrer o descumprimento do poder familiar. Assim, caso os pais não estejam impedidos de fiscalizar a conduta de seus filhos, embora não exista a coabitação, ou caso a ausência desta decorra de culpa dos próprios pais, permanecem eles responsáveis pelos atos danosos dos filhos.⁸⁵

Por outro lado, se os filhos menores não habitarem com os pais por uma razão jurídica ou por um motivo legítimo, ou mesmo por terem abandonado injustificadamente a casa paterna, há a exoneração da responsabilidade. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando o filho estiver internado em um estabelecimento educacional, estiver prestando serviço militar ou trabalhando, ou, ainda, em caso de separação judicial ou divórcio – hipótese em que a guarda do menor é atribuída apenas a um dos pais, cabendo a este o dever de vigilância. Importa esclarecer, todavia, que os pais não se exoneram de sua responsabilidade nas hipóteses de breves ausências dos filhos ou de visitas a parentes, com o seu consentimento. Dessarte, para que a delegação de vigilância implique a exoneração da responsabilidade, é preciso que seja feita de forma legal.⁸⁶

Nesse sentido, ensina José de Aguiar Dias:

A responsabilidade do pai pode, aliás, ser intermitente, cessando e restaurando-se, conforme a delegação de vigilância, efetiva e a título de substituição, como acontece no caso de menores que freqüentem estabelecimento de ensino ou de aprendizagem em geral ou mesmo de trabalho.⁸⁷

Conclui-se, portanto, que a coabitação dos filhos menores com seus pais consiste em pressuposto da responsabilidade destes pelos atos danosos daqueles. Contudo, como foi visto, há hipóteses em que, embora não haja a coabitação, continuam responsáveis os pais, por manterem os deveres de educação e vigilância de seus filhos. Mas as hipóteses de exoneração supracitadas também não podem ser tomadas em caráter absoluto, ao contrário, é importante que se analise cada caso concreto. Conforme ressalta Alvinio Lima,

⁸⁵ LIMA, Alvinio. *Op. cit.*, 2000, p. 44.

⁸⁶ KARAM, Munir. *Op. cit.*, p. 401.

⁸⁷ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v. II, p. 513.

[...] a solução do problema não deve acatar esta ou aquela solução, de modo absoluto, devendo ser levadas em consideração, em cada caso concreto, as circunstâncias especiais que dominarem a hipótese.

Embora como preposto de outrem, ou sob a dependência ou autoridade de terceiro, o filho menor permanece sob a autoridade paterna. Verificado o ato ilícito do menor, lesando o direito de terceiro, é preciso examinar se a causa do dano provém da má-educação já recebida, ou de outra circunstância decorrente da orientação paterna, ou se a causa do dano se prende à nova orientação do comitente, ou de outrem, com quem o menor reside. Na primeira hipótese o genitor continua a responder pelos atos de seu filho menor; na segunda hipótese a responsabilidade do pai deixará de subsistir, sendo responsável o comitente ou terceiro, com quem resida o menor, uma vez que sejam verificadas as condições legais.⁸⁸

Tratados, então, os requisitos ou as condições necessárias à configuração da responsabilidade dos pais pelos atos danosos de seus filhos, mostra-se importante passar à análise de uma questão bastante polêmica, qual seja, a necessidade de haver ou não a culpa do menor.

4.3 CULPA DO MENOR

É bastante controversa a questão de constituir ou não a culpa do filho menor elemento essencial à configuração da responsabilidade dos pais pelos atos daquele.

Por um lado, há doutrinadores que entendem ser necessária a culpa do menor para que haja a responsabilidade dos pais, argumentando que estes não podem ser responsabilizados por um ato do filho que não é culposos. Esse posicionamento é adotado por Mazeud e Tunc, segundo os quais:

O fundamento da responsabilidade dos pais sendo, em princípio, não a culpa cometida pelo menor, mas a cometida pelos próprios pais, poder-se-ia crer que esta culpa fosse suficiente para proclamar a sua responsabilidade, sem que fosse necessária a culpa do menor. Mas o raciocínio seria vazio. Exigindo-se a culpa dos pais, exige-se, indiretamente, a do menor. Como reprovar, com efeito, os pais de não terem impedido seu filho de praticar um ato normal? [...].⁸⁹

⁸⁸ *Idem, Ibidem*, p. 45.

⁸⁹ MAZEUD e TUNC *apud* LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 2000, p. 46.

Da mesma forma, entende Mário Moacyr Porto que os pais só respondem pelos danos decorrentes dos atos culposos dos filhos menores absolutamente incapazes. Segundo ele, pode haver a presunção da culpa do pai, mas não a do filho, esta deve ser provada pelo ofendido. Entretanto, reconhece que o menor absolutamente incapaz é inimputável, de forma que se deve avaliar se seu ato é ou não culposo apenas abstratamente. Nas palavras do autor:

[...] nada impede o magistrado de apreciar o ato do menor inimputável – ato que ocasionou o dano – em face das suas circunstâncias objetivas, externas, para concluir se o ato incriminado foi normal, regular, coincidente com as regras do Direito, ou não. Se provado ficar que o ato do menor privado de discernimento, abstratamente considerado, não violou nenhuma obrigação preexistente, força é convir que a ação promovida pela vítima contra o pai do menor inimputável deverá ser prontamente repelida, pois não se compreenderia que os representantes do menor incapaz, culpados por presunção legal, continuassem ‘culpados’ pela prática de um ato que ocasionou um prejuízo mas não vulnerou nenhuma norma jurídica.⁹⁰

Orlando Gomes adota posição ainda mais radical, afirmando que os danos decorrentes de atos praticados por menores absolutamente incapazes não são passíveis de ressarcimento, uma vez que a responsabilidade civil pressupõe a existência de culpa e tais menores são inimputáveis. Assim, entende que os pais não podem responder pelo ato do filho que sequer pode ser considerado culposos. Cabe, aqui, transcrever o raciocínio desenvolvido pelo autor para chegar a tal conclusão:

Para alguém cometer ato ilícito, precisa ter discernimento, e, para responder pela reparação civil, ter praticado ato culposos. Conseqüentemente, se o menor não tem capacidade de querer e entender, não incorre em culpa, o que significa inidoneidade para praticar ato ilícito. Ora, se a responsabilidade do pai pressupõe a prática de ato ilícito pelo filho, isto é, ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, é lógico que não há responsabilidade paterna enquanto o filho não tiver capacidade de discernimento. Um menor de quatro anos não sabe o que faz. Se a outrem causa dano, não se pode dizer que agiu culposamente; se não há culpa, ato ilícito não praticou; se não cometeu ato ilícito, o pai não responde pela reparação do dano, porque a responsabilidade indireta supõe

⁹⁰ PORTO, Mário Moacyr. *Op. cit.*, p. 59.

a ilicitude no ato de quem causa o prejuízo. Apesar de lógico, esse raciocínio não prevalece na prática.⁹¹

Obviamente, não prevalece o entendimento desse doutrinador – como ele mesmo reconhece. De fato, tal posicionamento mostra-se incompatível com a finalidade da norma, que, ao estabelecer a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, tem em vista justamente possibilitar a reparação dos danos por estes causados, a despeito de serem inimputáveis. Realmente, não se pode conceber que a vítima, e não os pais do menor absolutamente incapaz, suporte os danos causados por este.

Há doutrinadores que diversamente dos acima citados sustentam não ser necessária a existência de culpa do menor absolutamente incapaz para a responsabilidade dos menores, pois são eles privados da capacidade de discernimento. Assim, só se pode falar em culpa do menor relativamente capaz, uma vez que este já possui capacidade de querer e de entender, sendo considerado imputável e equiparado ao maior para os efeitos da responsabilidade civil, a teor do disposto no art. 156 do Código Civil de 1916, conforme visto no item 3.2.1 da presente monografia.

Nesse sentido, posiciona-se Alvino Lima, segundo o qual, é impossível atribuir a prática de um ato culposo a um menor de baixa idade, pois a ausência completa da capacidade natural de querer e de entender impede a configuração de um elemento imprescindível da culpa, qual seja, a voluntariedade consciente da prática do ato. Assim, afirma esse doutrinador que

A responsabilidade do genitor pelas conseqüências ilegais e danosas dos atos praticados pelos filhos menores de baixa idade (*infans*) é uma responsabilidade direta, resultante da negligência na vigilância do incapaz, ou da exclusiva culpa do genitor; conseqüentemente, sem recurso pessoal contra o filho menor.

Tratando-se, porém, 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*.⁹²

Parece mais adequado o entendimento desse autor, não se podendo falar em culpa do menor absolutamente incapaz, uma vez que ele é inimputável. Como

⁹¹ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 1998, p. 292.

⁹² LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 2000, p. 51.

foi visto anteriormente, a imputabilidade é elemento integrante da culpa, de modo que não basta, para a configuração desta, o ato material da lesão de um direito. Ao revés, é preciso que, ao lado desse ato material, exista a voluntariedade, a possibilidade de conhecer os efeitos do ato, tendo a previsão das consequências lesivas ao direito de outrem. Assim, esclarece Alvino Lima:

Na ausência desta capacidade natural, como verdadeiro pressuposto da culpa, a ação do incapaz permanece materialmente antijurídica, mas exclui a possibilidade de reprovação e, conseqüentemente, a culpabilidade do agente.⁹³ (Sem sublinhas no original).

Há de se destacar, ainda, que, independentemente de ser imputável ou não o filho menor, há a responsabilidade dos pais pelos seus atos danosos. Conforme bem ensina José de Aguiar Dias, “a responsabilidade paterna, como decorrente que é dos deveres do poder familiar, não depende de ser ou não imputável o filho.”⁹⁴ Assim, a única distinção que se faz, de acordo com o disciplinado no Código Civil de 1916, é o fato de haver, em relação aos filhos absolutamente incapazes, a exclusiva responsabilidade dos pais e, em relação aos relativamente incapazes, a responsabilidade solidária. Já no novo Código Civil, sequer se fala em culpa do menor púbere (como foi visto, não há dispositivo correspondente ao art. 156 do CC/1916), sendo estabelecida a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos menores, sejam eles relativa ou absolutamente incapazes, e, de forma subsidiária, a sujeição do patrimônio deles à reparação dos prejuízos que causou.

Essa responsabilidade subsidiária do incapaz, consagrada no art. 928 do novo Código Civil, já era defendida por Pontes de Miranda e Orozimbo Nonato. Segundo eles, as pessoas privadas de discernimento, por razões de equidade, devem reparar os danos que causarem, mas apenas nas hipóteses em que não caiba a seus responsáveis repará-los.

Explica Orozimbo Nonato: ‘Cuida-se, porém, [...] não de culpa sem imputabilidade, mas de simples satisfação imposta pela equidade e com todas as atenuações desta. Não se apresenta aqui uma ruidosa e patente denegação da teoria clássica de responsabilidade, mas a aceitação de um critério de ordem social’.

Pontes de Miranda assim conclui sua lição sobre absolutamente incapazes e responsabilidade: ‘Primeiramente, repitamos que se trata de ato-fato ilícito. Qualquer que seja a idade ou o estado mental se

⁹³ *Idem, ibidem*, p. 49.

⁹⁴ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v. II, p. 514.

o ato proveio do incapaz, tem-se de considerar existente o direito à reparação se se compõe o suporte fático da regra jurídica não escrita. Tal regra jurídica pode ser expressa nos seguintes termos: Se o ato do incapaz não deu ensejo à responsabilidade de outrem, como o pai, a mãe, o tutor, o curador, ou a empresa de hospital ou hospício, ou se tal responsável não tem meios para pagar a indenização, e o incapaz que a tivesse de prestar não ficaria sem meios para viver no mesmo nível do lesado antes do dano, é legitimado passivo na ação de ressarcimento pelo ato-fato ilícito.⁹⁵

Sem dúvida, o reconhecimento de tal responsabilidade do incapaz – na verdade, entendida como sujeição de seu patrimônio à reparação do dano – funda-se na equidade, tendo em vista a reparação do dano injusto sofrido pela vítima, mas sem que seja prejudicada a manutenção do incapaz ou das pessoas que dele dependam. Não se pode esquecer, contudo, que essa responsabilidade é subsidiária, de maneira que os pais são responsáveis, em primeiro lugar, pelos atos danosos de seus filhos menores, sejam eles relativa ou absolutamente incapazes.

Por fim, cabe ressaltar que, a despeito de não ser necessária a verificação da culpa do menor para a responsabilização de seus pais, o juiz verificará se o ato é materialmente antijurídico e se dele decorreu o dano. Obviamente, caso se configure uma hipótese excludente de responsabilidade, os pais serão exonerados da responsabilidade. Nesse sentido, aponta Sílvio de Salvo Venosa a hipótese de ocorrência de caso fortuito ou força maior:

O juiz observará a conduta sob a forma objetiva, e não sob o aspecto da culpa dos menores, e decidirá se, no caso, pode ser excluída a responsabilidade dos pais, reconhecendo, então, o caso fortuito ou força maior.⁹⁶

Faz-se importante, neste momento, passar à análise do fundamento da responsabilidade dos pais, que constitui tema central da presente monografia.

4.4 FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE

Sem dúvida, o fundamento da responsabilidade civil por fato de outrem provoca grandes divergências doutrinárias, especialmente em sistemas jurídicos que adotam como regra geral a responsabilidade fundada na culpa, pois, em tais

⁹⁵ MIRANDA, Pontes; NONATO, Orozimbo *apud* KARAM, Munir. *Op. cit.*, p. 406.

⁹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 63.

sistemas, tem obrigação de reparar o dano aquele que o causou por ato pessoal e culposo. Assim, argumentam os objetivistas que o reconhecimento de casos de responsabilidade por fato de outrem, ainda que sejam exceções nesses sistemas, representa a aceitação da responsabilidade sem culpa, pois a pessoa responde pelo fato danoso provocado por outrem. Entretanto, rebatem os subjetivistas, afirmando que a responsabilidade por fato de terceiro, na realidade, é responsabilidade por fato próprio, uma vez que as pessoas que respondem pelos terceiros devem ter contribuído, culposamente, para a ocorrência do fato danoso.⁹⁷

Nesse contexto, trava-se importante debate sobre o fundamento da responsabilidade civil dos pais pelos atos danosos de seus filhos menores, havendo, por um lado, o entendimento de que ela se funda na culpa, sendo, portanto, subjetiva, e, por outro, o de que ela se baseia no dever legal de garantia, uma vez que cumpre aos pais suportarem o risco de que a atividade dos filhos cause prejuízo a outrem, sendo, neste caso, objetiva. Ademais, há divergências, até mesmo, entre aqueles que defendem o fundamento da culpa, sustentando alguns que incumbe à vítima prová-la e outros que é ela presumida, sendo, nesse caso, invertido o ônus da prova.

Assim, há que se analisar cada um desses posicionamentos, com o fim de se verificar se a responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, no sistema jurídico brasileiro, é subjetiva ou objetiva, ou seja, verificar qual é o fundamento adotado pelo sistema jurídico brasileiro, mais especificamente, pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Civil de 2002.

4.4.1 CULPA DOS PAIS

Alguns doutrinadores entendem que a responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos só se configura se ficar demonstrada a culpa daqueles, ou seja, o dano sofrido pela vítima só deve ser ressarcido se decorrer da culpa dos pais. Assim, considerando a imputabilidade subjetiva do evento danoso, asseveram que a responsabilidade dos pais, na verdade, não é indireta, mas sim direta, uma vez que respondem por culpa própria.

Como foi visto anteriormente, aos pais impõe-se uma série de deveres decorrentes do poder que exercem sobre os filhos, entre eles, os de educação e de vigilância dos menores. De fato, cumpre aos pais propiciar aos filhos um adequado desenvolvimento intelectual e moral, devendo, assim, proporcionar-lhes a melhor e mais completa instrução escolar possível, corrigi-los, caso ajam de maneira

⁹⁷ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v. II, p. 508.

errônea, orientá-los e transmitir-lhes suas experiências, ensinamentos e valores morais, enfim, prepará-los para a vida em sociedade. Intimamente relacionado a esse dever de educação, encontra-se o dever de vigilância, estando os pais, que detêm a guarda dos filhos, obrigados a fiscalizar a conduta destes. Nesse sentido, afirma Orlando Gomes:

A guarda é simultaneamente um direito e um dever dos pais. Como direito, compreende o poder de reter o filho no lar, de tê-lo junto a si, de reger a sua conduta nas relações com terceiros. Pode reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha, proibir-lhe a convivência com determinadas pessoas, impedir que freqüente determinados lugares ou pratique certos atos, e até que mantenha correspondência que julgue inconveniente aos seus interesses. [...]

O direito de guarda compreende necessariamente o de vigilância, através do qual se efetiva, por atuação constante, o poder de lhe dirigir a criação no aspecto da formação moral do menor.⁹⁸

Assim sendo, posicionam-se alguns doutrinadores no sentido de que a responsabilidade dos pais pelos atos lesivos dos filhos só se configura quando aqueles agirem com culpa *in vigilando* ou *in educando*, isto é, quando descumprirem seus deveres de vigilância e de educação.

Conforme ensina Alvino Lima,

A responsabilidade do titular do pátrio poder pelos danos ocasionados pelos seus filhos menores, sendo uma decorrência do exercício daquele poder, não constitui uma responsabilidade indireta. Inclui-se, no entanto, entre os casos de responsabilidade pelo fato de terceiro, exclusivamente porque o ato material do dano é da autoria de outrem, isto é, do filho menor.

Mas tal responsabilidade é, entretanto, direta, em virtude da violação dos deveres dos pais no exercício do pátrio poder; [...] verificando-se a causa do dano na violação culposa [...] dos deveres de vigilância ou de educação, por parte do titular do pátrio poder; o filho menor é apenas o ‘instrumento-material’ do ato danoso.⁹⁹

Dessa forma, não basta a ocorrência do ato material praticado pelos filhos para que os pais reparem o prejuízo dele decorrente, ao revés, é imprescindível que estes tenham concorrido, culposamente, para o evento danoso.

⁹⁸ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 365.

⁹⁹ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 2000, p. 41.

O Código Civil de 1916, ao regular a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, não se afastou da regra geral de responsabilidade, isto é, considerou subjetiva a responsabilidade dos pais, adotando a culpa destes como fundamento do dever de reparar os danos causados por seus filhos. Cabe, aqui, transcrever novamente o disposto nos arts. 1.521 e 1.523 do referido diploma legal:

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. Excetuadas as do art. 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte. (Sem sublinhas no original).

Conforme mencionado no item 3.1. desta monografia, a redação do art. 1.523 gerou controvérsias a respeito do ônus da prova de culpa dos pais. Por um lado, estabeleceu-se o entendimento de que o referido dispositivo não trazia qualquer alteração ao princípio geral da responsabilidade, impondo à vítima a obrigação de provar a culpa do responsável pelo dano; por outro lado, firmou-se a orientação de que o dispositivo estabelecia uma presunção de culpa a favor da vítima, cabendo ao responsável provar que o evento danoso não decorreu de sua culpa.¹⁰⁰

Entre os defensores dessa segunda orientação, encontra-se Pontes de Miranda, segundo o qual, o art. 1.523 não teria razão de ser se não houvesse a presunção de culpa dos responsáveis a que ele se refere, pois seria desnecessário dispor que o princípio geral de responsabilidade aplica-se a essas pessoas, uma vez que tal princípio, exatamente por ser geral, aplica-se a todas as pessoas que causarem danos a terceiros.¹⁰¹ Assim, entende que a existência do art. 1.523 só faria sentido se fosse interpretado como uma exceção à regra, isto é, como uma hipótese de presunção de culpa a favor da vítima.

Diversamente, sustentam alguns doutrinadores que o legislador agiu de forma prudente ao estabelecer, expressamente, no art. 1.523, a necessidade de que a culpa dos responsáveis fosse provada pela vítima, pois o art. 1.521 apenas fixa a responsabilidade das pessoas nele enumeradas pelo ato lesivo de terceiro, de forma que, na ausência do art. 1.523, tal responsabilidade decorreria de uma

¹⁰⁰ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 1998, p. 285.

¹⁰¹ MIRANDA, Pontes de. *apud* LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 1998, p. 287.

obrigação legal de reparação, e não de culpa própria. Entre tais doutrinadores, pode-se apontar Alvino Lima, cuja argumentação se transcreve:

Ora, se o art. 1.521 não fosse completado pelo dispositivo do art. 1.523, onde expressamente se exige a culpa das pessoas enumeradas no primeiro artigo, ou seja, a responsabilidade pelo fato de outrem, mas decorrendo da culpa própria, teríamos uma responsabilidade surgida de simples representação, mas sem ato próprio, ou seja, sem ação ou omissão, sem negligência ou importância do próprio responsável. Desta forma, violado seria o princípio geral do art. 159 do Código Civil, criando-se um princípio de responsabilidade, ou baseado numa presunção *juris et de jure* da culpa, ou na teoria do risco. Na responsabilidade pelo fato de outrem, em sentido amplo ou restrito, o responsável civilmente o é pelas consequências deste fato, mas em virtude de fato próprio, de culpa própria. Sem o art. 1.523 o legislador brasileiro teria consagrado a responsabilidade decorrente só do fato de outrem. Sem dúvida alguma o legislador pátrio não seguiu a melhor doutrina, impossibilitando, na maioria dos casos, a reparação dos danos causados por atos dos prepostos e outros [...] ¹⁰².

Assim, apesar de não concordar com a orientação adotada pelo Código Civil de 1916, Alvino Lima esclarece que o art. 1.523 é claro ao estabelecer que a culpa deve ser provada pela vítima, não havendo como interpretá-lo como uma presunção de culpa.

Esse entendimento é corroborado pelo fato de o art. 1.523 ter resultado de uma emenda do Senado, que lhe deu a redação acima transcrita, alterando o projeto de Clóvis Beviláqua, que estabelecia a presunção de culpa, conforme foi visto no item 3.1 do presente trabalho. Assim, fica demonstrado que o Código Civil de 1916 consagrou a responsabilidade subjetiva dos pais, impondo à vítima a prova da culpa destes para que houvesse o ressarcimento do prejuízo sofrido. Entretanto, como tal imposição, na maioria dos casos, impedia a reparação do dano causado pelos menores, em razão da dificuldade de se provar a culpa dos pais, os juízes e tribunais passaram a reconhecer, em suas decisões, a existência de uma presunção de culpa a favor da vítima.

4.4.2 PRESUNÇÃO DE CULPA DOS PAIS

A discussão a respeito da interpretação do art. 1.523 do Código Civil de 1916 foi resolvida pelo Código de Menores de 1927, que estabelecia, em seu art. 68,

¹⁰² LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 1998, p. 287/288.

§ 4º, uma presunção de culpa a favor dos pais, *in verbis*: “São responsáveis pela reparação civil do dano causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumba legalmente a vigilância, salvo se provarem que não houve de sua parte culpa ou negligência”. (Sem sublinhas no original).

Posteriormente, houve a revogação desse Código de Menores, sendo que a matéria referente à responsabilidade dos pais pelos filhos não foi tratada no Código de Menores de 1979, nem no Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, surgiu novo debate acerca do art. 1.523 do Código Civil de 1916: alguns afirmavam que tal dispositivo havia sido revogado, não podendo retomar a sua vigência, já que não se admite, no direito brasileiro, efeito repristinatório (a não ser que haja disposição em contrário); outros sustentavam que o art. 68, § 4º, do Código de Menores de 1927 somente confirmou a tendência hermenêutica de que há uma presunção de culpa dos pais. Essa questão já foi exaustivamente desenvolvida no item 3.1 desta monografia, o que dispensa o seu tratamento aprofundado neste momento. Cabe, apenas, lembrar que prevaleceu, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento de que há uma presunção de culpa a favor da vítima, sendo importante discorrer sobre tal presunção.

Para a maioria dos doutrinadores, o fundamento da responsabilidade dos pais pelos atos danosos dos filhos menores consiste na culpa, mas, tal culpa é presumida, e não provada pela vítima. Entendem eles que essa presunção de culpa dos pais é uma presunção *juris tantum*, admitindo-se, portanto, prova em contrário. Entre esses doutrinadores, destaca-se Alvinio Lima, segundo o qual:

Examinando o fundamento da responsabilidade do genitor pelos atos de seus filhos menores, capazes ou incapazes de entender e de querer, verificaremos que aquela responsabilidade se baseia na culpa presumida *juris tantum*, por parte do civilmente responsável.

Tanto na primeira hipótese, como na segunda, o genitor tem o dever de fiscalizar os atos de seus filhos menores, educá-los convenientemente e resguardá-los da prática de atos lesivos dos direitos de outrem.

[...]

Esta presunção de culpa do genitor se refere à vigilância e à má educação: é uma reversão da prova a favor da vítima.¹⁰³

Assim, a presunção de culpa abrange a culpa *in vigilando* e a culpa *in educando*. Entretanto, alguns autores entendem que existe a presunção apenas no que se refere à vigilância, cabendo à vítima provar a culpa do pai quando for caso

¹⁰³ LIMA, Alvinio. *Op. cit.*, 2000, p. 56.

de má-educação. Esse entendimento, todavia, não prevalece. Ao revés, a maioria dos doutrinadores sustenta que se presume a culpa dos pais tanto no caso de falta de vigilância quanto no de ausência de educação devida. Nesse contexto, apresenta Alvino Lima os fundamentos que justificam tal presunção, ressaltando que eles se aplicam a ambas modalidades de culpa, *in verbis*:

Estes fundamentos são: 1.º 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; 2.º É muito improvável 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; 3.º 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. Trata-se de fundamentos que se ajustam tanto à culpa *in vigilando*, como a que se refere à má-educação dada aos filhos.¹⁰⁴

Há que se destacar, ainda, o posicionamento de Munir Karam a respeito da presunção *juris tantum* de culpa dos pais. Segundo ele, os doutrinadores, em geral, referem-se à culpa *in vigilando* como se nela estivessem incluídos tanto os deveres de vigilância quanto os de educação. Assim, surge a discussão a respeito da necessidade de os pais provarem que educaram convenientemente os filhos e que vigiaram suas ações de modo adequado, para só então exonerarem-se do dever de reparação dos prejuízos por eles causados. Acerca dessa discussão, manifesta-se Munir Karam nestes termos:

É certo que a lei civil atribui de modo distinto aos pais os deveres de: a) dirigir a criação e a educação dos filhos; b) tê-los em sua companhia e guarda (art. 384, I e II).

Entendemos que tais deveres não devam ser considerados isoladamente. Primeiramente, porque tornaria mais difícil, senão quase impossível, a prova liberatória. Ao depois, porque o pai poderia ser reputado culpado ainda após cessada a vida em comum e mesmo não lhe cabendo a guarda do filho menor, já que a obrigação relativa à sua educação pode resultar igualmente violada, retrotraindo-se os seus efeitos anteriormente ao momento em que ocorreu a separação.

¹⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 57.

O comportamento dos pais em suas relações com o filho deve ser valorado em seu conjunto e não de modo estritamente limitado. A educação deve ser considerada como um fato que influi sobre o gênero de vigilância que se deve manter.¹⁰⁵

Da mesma forma, posiciona-se José de Aguiar Dias no sentido de que a culpa dos pais é presumida tanto no que se refere à falta de vigilância quanto no tocante à má-educação, estando intimamente relacionados esses deveres. Consoante o entendimento do autor,

A vigilância é o complemento da obra educativa, e far-se-á mais ou menos necessária, conforme se desempenhe o pai da primeira ordem de deveres [assistência material e moral, compreendendo a instrução e a educação]. Esses os motivos por que se presume a responsabilidade do pai. Um filho criado por quem observe à risca esses deveres não pode ser autor de injusto prejuízo para outrem.¹⁰⁶

Assim, conforme ressaltam os autores acima referidos, a presunção de culpa dos pais inclui a culpa *in vigilando* e *in educando*, mas ela é relativa, admitindo, portanto, prova em contrário. Dessarte, do ato lesivo do filho decorre a responsabilidade do pai, que, entretanto, pode ser elidida se este provar que não descumpriu seus deveres de vigilância e/ou de educação do menor.

Essa prova liberatória da responsabilidade dos pais, contudo, é uma questão bastante complexa e, de certo modo, subjetiva. De fato, depende de cada juiz ou tribunal o rigorismo ou a benignidade com que se aprecia a prova apresentada pelos pais de que não houve culpa de sua parte. A esse respeito divergem também os doutrinadores: alguns entendem que tal prova deve ser avaliada com menos severidade, especialmente quando se trata de ato praticado por menor relativamente incapaz, ao passo que outros sustentam que ela deve ser apreciada com um rigorismo cada vez maior, a fim de que seja resguardado o interesse da vítima.

Nesse contexto, pode-se apontar o entendimento de Antonio Junqueira de Azevedo:

No nosso modo de entender, a prova, pelos pais, de sua não-culpa deve ser, atualmente, considerada com mais liberalidade pelos juízes. A intensidade com que as crianças recebem educação fora do lar é muito maior hoje do que antigamente; [...].

¹⁰⁵ KARAM, Munir. *Op. cit.*, 2000, p. 399/400.

¹⁰⁶ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v. II, p. 513.

Uma análise atenta da realidade deve tomar em consideração duas variantes: a) se o caso é de incidência de presunção de culpa *in vigilando* [...] ou de culpa *in educando*; e b) qual a idade do menor, podendo-se tomar, para efeitos práticos, os marcos de 7 e 16 anos. Se o ato danoso é cometido por menor *infans* (menor de 7 anos), é praticamente inarredável a responsabilidade dos pais (responsabilidade que poderia dizer-se direta, por ato próprio); [...]. Acima dessa idade, a incidência da presunção vai passando progressivamente da culpa *in vigilando* para a culpa *in educando*. Ora, é especialmente a partir dos 7 anos que, como dizíamos, as circunstâncias da vida contemporânea levam os pais a dividir a responsabilidade da educação do menor com o Estado, os educadores profissionais e os meios de comunicação; [...]. Assim, vê-se que logo que atribuir aos pais a responsabilidade, quando o caso é de culpa *in educando*, pode não resultar de uma justa apreciação da situação; daí [...] somente se pode falar em abdicação, ou em omissão na educação, quando a atitude dos pais discrepa das idéias gerais sobre a educação que deve ser dada no meio social em que eles vivem; [...].

Acima dos 16 anos, a autonomia do menor é, hoje, quase total. Ainda aqui, ver com rigor a responsabilidade dos pais, fundamentando-se na idéia de que os pais, se, agora, não podem controlar o comportamento dos filhos, é porque, antes, não cumpriram bem seu papel de educadores [...], pode ser julgamento iníquo, que não toma em consideração o livre-arbítrio, o grau de liberdade humana na decisão de seus atos.¹⁰⁷

Ainda com relação à complexidade do exame da prova liberatória de culpa dos pais, pode-se ressaltar o que afirma José de Aguiar Dias a respeito da vigilância atribuída aos pais. Segundo ele, apesar de ser contínua, geral e permanente, tal vigilância está submetida às possibilidades humanas. Assim, esse dever não se subordina a critério absoluto e abstrato, que signifique a vigilância de todos os instantes da vida do menor, pois se o fosse, os pais estariam impossibilitados de desenvolver qualquer outra atividade, o que é contraditório com o próprio dever de sustento dos filhos.¹⁰⁸

Por outro lado, adverte Caio Mário que

Vigorando a presunção de culpa dos pais em relação aos filhos em seu poder e guarda, é insuficiente a ilidir a responsabilidade a simples

¹⁰⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Op. cit.*, p. 63/64.

¹⁰⁸ DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, v. II, p. 515.

demonstração de que procedem com zelo e vigilância, pois que este é dever dos pais. Somente se exoneram, demonstrando *in concreto*, estar afastada a presunção de culpa.¹⁰⁹

Os posicionamentos desses doutrinadores acerca da culpa *in vigilando* e *in educando* permitem verificar como é complexo e subjetivo o exame da prova liberatória de culpa dos pais. Assim, incumbe ao juiz examinar as especificidades de cada caso concreto, para que possa averiguar se a prova apresentada pelos pais corresponde à realidade, isto é, se eles, de fato, agiram diligentemente, observando seus deveres de vigilância e de educação dos filhos menores.

Independentemente da complexidade dessa questão, não se pode negar que a admissibilidade da presunção de culpa dos pais corresponde a um procedimento técnico paliativo ao rigor da responsabilidade subjetiva, visto que a exigência de que tal culpa fosse provada pela vítima, em muitos casos, impedia a reparação do dano por ela sofrido. Assim, adotou-se a presunção de culpa com vistas a facilitar a obtenção do ressarcimento do prejuízo causado pelo menor, conforme explica Munir Karam:

Pode-se imaginar as dificuldades que surgirão, se a vítima for compelida a provar a culpa *in vigilando* dos pais, para obter a reparação do dano. A inversão do ônus da prova atende à preocupação atual de ampliar a possibilidade de reparação, para melhor amparar a vítima do dano. Firmada a presunção legal da culpa, aos pais incumbe provar que cumpriram de modo exemplar o dever de vigilância, para se exonerarem da responsabilidade. Ao ofendido basta provar a relação de parentesco e o vínculo de subordinação entre o filho causador do dano e o titular do dever de vigilância [...]¹¹⁰.

Na verdade, essa presunção de culpa constitui uma situação intermediária entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva. A esse respeito, afirma Caio Mário:

Sem abandonar a teoria da culpa, mas por um subterfúgio conseguido por via de interpretação, atinge-se um efeito que seria próprio da teoria objetiva: a responsabilidade dos pais pelos danos causados pelo filho não demanda a comprovação da culpa daqueles. O que predomina é a prova do fato danoso, fluindo o dever ressarcitório da ‘presunção de culpa’, que somente pode ser elidida mediante a prova contrária.¹¹¹ (Sem sublinhas no original).

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 90/91.

¹¹⁰ KARAM, Munir. *Op. cit.*, p. 399.

¹¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 264.

Conclui, ainda, o referido doutrinador:

No direito brasileiro, com base na elaboração pretoriana e no desenvolvimento da doutrina, o que sobressai, na atualidade, é que predomina a tendência de assentar a responsabilidade por fato de outrem no princípio da presunção de culpa. É de se prever, contudo, que num futuro mais ou menos curto, procurará abrigo na teoria do risco.¹¹²

De fato, o reconhecimento da presunção de culpa dos pais, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, demonstra a tendência à adoção da responsabilidade objetiva dos pais pelos atos dos filhos. Tendência essa que foi concretizada no Código Civil de 2002, conforme já previa o supracitado autor.

4.4.3 AUSÊNCIA DE CULPA DOS PAIS E IMPOSIÇÃO LEGAL DA RESPONSABILIDADE

Diversamente daqueles que sustentam ser a culpa o fundamento da responsabilidade dos pais pelos atos danosos de seus filhos menores, entendem outros doutrinadores que tal responsabilidade independe da prova de culpa deles, decorrendo, automaticamente, da prática do ato danoso do filho menor. Assim, a responsabilidade dos pais é objetiva, não encontrando fundamento na culpa, mas no dever de garantia imposto a eles por lei, uma vez que aos pais incumbe a obrigação de arcar com o risco de que a atividade de seus filhos menores cause danos a outrem. Nessa esteira, afirma Silvio Rodrigues:

A idéia de risco é a que mais se aproxima da realidade. Se o pai põe filhos no mundo, se o patrão se utiliza do empregado, ambos correm o risco de que da atividade daqueles surja dano para terceiro. É razoável que, se tal dano advier, por ele respondam [...] aqueles sob cuja dependência estes se achavam.

A idéia principal que justifica a responsabilidade por fato de terceiro é o anseio de garantia que deve inspirar o legislador nesse campo. Cumpre-lhe assegurar a reparação do dano causado sempre que possível.¹¹³ (Sem sublinhas no original).

Segundo os defensores da doutrina objetiva, não devem prevalecer, em sede de responsabilidade civil, os interesses daquele que causou danos a terceiro, mas sim deste, que os sofreu. Dessarte, não há que se analisar o elemento volitivo, ou melhor, a culpabilidade do causador do dano ou do seu responsável, mas apenas

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 88.

¹¹³ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 63/64.

se do seu ato decorreu lesão a outrem. Lesão essa que deve ser reparada por quem a causou ou por seu responsável, e não ser suportada pela vítima.

Dessa forma, os danos causados por menores de idade não podem ficar sem ressarcimento por serem eles inimputáveis ou por não terem seus responsáveis agido com culpa. Ao revés, como estão eles sob a autoridade dos pais, cumpre a estes, e não à vítima, suportar o prejuízo decorrente de seus atos. De fato, não pode a vítima ser prejudicada por não conseguir provar que o evento danoso decorreu de culpa dos pais ou por não terem estes culpa. Não há de se indagar sobre a existência ou não de tal culpa: havendo lesão, deve esta ser reparada pelos pais do menor que a causou. Nesse sentido, argumenta Carlos Roberto Gonçalves:

Com efeito, estaria longe de corresponder ao senso de justiça a solução por via da qual se permitisse deixar ao lesado o prejuízo por ele sofrido, simplesmente porque aquele que, na forma do art. 1.521, devia responder pelo dano conseguiu provar que usou de todos os recursos possíveis no sentido de evitar o resultado lesivo. Tal solução importaria transferir à vítima a responsabilidade do prejuízo por ela sofrido em decorrência de ato de outrem.¹¹⁴

Conforme foi visto anteriormente, quando houve a revogação do art. 68, § 4º, do Código de Menores de 1927, o qual estabelecia a presunção de culpa dos pais, alguns doutrinadores passaram a sustentar que a responsabilidade civil dos pais pelos atos lesivos dos filhos tinha-se tornado objetiva, considerando que o dispositivo citado havia revogado o art. 1.523 do Código Civil de 1916. Entretanto, este não foi o entendimento majoritário, permanecendo prevalente a idéia de presunção de culpa dos pais, como ficou demonstrado no item anterior do presente trabalho.

O Código Civil de 2002, contudo, altera essa situação, adotando a responsabilidade objetiva dos pais pelos atos de seus filhos menores que vivam em sua companhia e sob sua autoridade, conforme se depreende de seus arts. 932, I, e 933, *in verbis*:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

[...]

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (Sem sublinhas no original).

¹¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 104.

Como se pode perceber, o novo Código Civil não deixa dúvidas de que a responsabilidade dos pais independe da existência de culpa de sua parte, sendo, portanto, objetiva.¹¹⁵ Desse modo, basta que a vítima demonstre que o ato material do menor causou-lhe prejuízo para que surja o dever de reparação do dano pelos pais. Além de não ser necessário que a vítima prove a culpa dos pais, estes não podem mais exonerar-se da responsabilidade pela simples comprovação de que cumpriram seus deveres de educação e de vigilância dos filhos menores. Ao revés, o dever de ressarcimento só poderá ser elidido se ficar provada uma excludente de responsabilidade, tal como a culpa da vítima, o caso fortuito, a força maior, o fato de terceiro (terceiro esse que não se identifica com o menor, nem com a vítima, sendo estranho a essas pessoas), pois, conforme foi visto no item 2.4, essas hipóteses impedem a formação do nexo causal, o qual consiste em pressuposto da responsabilidade.

Nesse sentido, manifestam-se Mário Moacyr Porto e Eugênio Facchini Neto, aplaudindo a inovação introduzida pelo Código Civil de 2002, ao adotar a responsabilidade objetiva dos pais:

À vista da inovação, os pais, em relação aos danos praticados pelos seus filhos menores, assumem, em relação à vítima, uma obrigação de garantia, obrigação que, desvinculada do conceito de culpa, somente poderá ser elidida no caso de intercorrência de força maior, imprevisível e incontornável, pois, nesta hipótese, a exoneração da responsabilidade dos pais resultaria da inocorrência de uma relação de causa e efeito entre o dano e o comportamento das pessoas apontadas como responsáveis. Vingando o disposto no Projeto 634-B [corresponde ao disposto no novo Código Civil], sobre a responsabilidade objetiva dos pais, não cabe mais indagar sobre a licitude ou a ilicitude da conduta de quem tem os filhos sob guarda e companhia, pois passarão a responder em nome da solidariedade familiar, da garantia assegurada à vítima, pura e simplesmente.¹¹⁶ (Sem sublinhas no original).

¹¹⁵ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 64; DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2002b, p. 454; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.*, p. 63; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, 2000, p. 92; LIMA, Alvinho. *Op. cit.*, 2000, p. 347; PORTO, Mário Moacyr. *Op. cit.*, p. 21; STOCO, Rui. *Op. cit.*, 2003, p. 821; FACCHINI NETO, Eugênio. *Op. cit.*, p. 177. Todos esses doutrinadores, ao tratarem do Código Civil de 2002, ou de seu projeto, afirmam que a expressão “ainda que não haja culpa de sua parte”, constante de seu art. 933, evidencia a adoção da responsabilidade objetiva dos pais pelos atos lesivos dos filhos menores.

¹¹⁶ PORTO, Mário Moacyr. *Op. cit.*, p. 21.

Para nós, que inclusive sob a égide do Código Civil de 1916 vislumbrávamos na responsabilidade por fato alheio uma obrigação de cunho objetivo, não podíamos encontrar na culpa o fundamento único de tal responsabilidade, mesmo sendo ela presumida. Somente poderia ela resultar da existência do poder familiar, vinculado a uma idéia de garantia, e não a uma idéia de culpa. É a solução que o legislador vem de adotar, expressamente indicando o caráter objetivo da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos.”¹¹⁷ (Sem sublinhas no original).

Como bem ensinam esses doutrinadores, a responsabilidade dos pais, no novo Código Civil, passa a ser fundada na idéia de garantia à vítima de ressarcimento do dano decorrente do ato praticado pelo menor, independentemente de ter havido culpa daqueles. Modifica-se, portanto, o fundamento da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, evoluindo da culpa presumida para o dever legal de garantia à vítima, uma vez que incumbe aos pais suportar o risco de eventual prejuízo causado por seus filhos. Nesse contexto, importa transcrever o ensinamento de Alvino Lima acerca da distinção entre a culpa presumida e o dever de garantia:

O critério baseado na culpa decorre do erro de conduta do responsável, em virtude da sua negligência, imprudência ou imperícia, ao passo que o critério da garantia é imposto por lei. Se a responsabilidade do genitor tem como fundamento a culpa presumida, temos como provado, até prova em contrário, que o civilmente responsável agiu mal e por isso lhe é imposta a sanção de responsabilidade; no caso da garantia, não se indaga qual foi a conduta do agente e não se lhe confere qualquer prova liberatória, a não ser a força maior, caso fortuito, a culpa da vítima ou de terceiros, defesas que excluem, quanto ao responsável, a relação de causa e efeito, ou seja, o nexo de causalidade.”¹¹⁸ (Sem sublinhas no original).

Alvino Lima, diferentemente de Mário Moacyr Porto e Eugênio Facchini Neto, discorda da orientação adotada pelo novo Código Civil, sustentando que a melhor solução corresponde à culpa presumida dos pais, e não à responsabilidade objetiva, a qual considera extremamente rigorosa. Para defender seu posicionamento, apresenta os seguintes argumentos: as legislações em geral não adotam o critério da responsabilidade objetiva, mas o da presunção *juris tantum* da culpa; a situação dos pais em relação aos filhos não pode ser comparada com a situação dos empregadores em relação aos prepostos, pois esta se refere a interesses econômicos, ao passo que

¹¹⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. *Op. cit.*, p. 177.

¹¹⁸ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 2000, p. 58.

aquela possui fins educativos, humanos e morais, vinculados ao poder familiar, o qual é imposto por lei, não devendo ser agravado; atualmente, há grande dificuldade de se educar um filho, tendo em vista a rebeldia dos jovens, que, cada vez mais, julgam-se independentes e capazes de dirigir sua própria vida.¹¹⁹

Por outro lado, como foi visto acima, há diversos doutrinadores que defendem a responsabilidade objetiva dos pais pelos atos dos filhos, refutando todos esses argumentos contrários, sob a argumentação de que, atualmente, a responsabilidade civil não pode mais centrar-se em interesses individuais, isto é, nos interesses pessoais do causador do dano ou do seu responsável, deve, sim, voltar-se ao atendimento das exigências sociais, visando, sobretudo, à reparação do dano sofrido pela vítima.

Nesse contexto, afirmam que a presunção *juris tantum* de culpa dos pais não é suficiente para atender essa necessidade de reparação do dano, uma vez que a simples prova de que cumpriram diligentemente seus deveres de educação e de vigilância elide sua responsabilidade, cabendo à vítima suportar o dano causado pelo menor.¹²⁰ Ademais, o fato de o poder familiar ser imposto por lei e a dificuldade de se criar um filho não justificam a imposição de maior dificuldade à vítima para a obtenção de ressarcimento. Ao contrário, é mais justo e coerente que o detentor do poder familiar suporte o dano causado pelo filho, ainda que não tenha agido culposamente. Assim, sustenta José Antonio de Paula Santos Neto:

[...] discordamos da orientação dominante, segundo a qual, também aqui, cuidar-se-ia de presunção *juris tantum*, que os pais poderiam desconstituir se provassem ter agido com diligência suficiente.

Veja-se que, em se afastando a orientação que propomos, o prejudicado, que não tem obrigação nenhuma de vigiar o menor, muitas vezes teria de arcar integralmente com os prejuízos que este causasse, saindo livre o guardião (ou guardiães), que é responsável por ele. Bastaria que este último mostrasse que agiu com zelo normal (sem culpa) no exercício da guarda e vigilância. Assim, o terceiro vitimado que não tem dever algum em relação ao impúbere teria de financiar a ‘aventura’ deste, já que, não podendo acionar os pais, também não poderia acioná-lo em nome próprio por ser pessoa que a lei considera irresponsável.¹²¹

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 350-352.

¹²⁰ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 63.

¹²¹ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Op. cit.*, p. 182.

No mesmo sentido, argumenta Afranio Lyra, citado por Carlos Alberto Gonçalves:

Ora, os filhos são, para os pais, fonte de alegrias e esperanças e são, também, fonte de preocupações. Quem se dispõe a ter filhos não pode ignorar os encargos de tal resolução. Assim, pois, em troca da razoável esperança de alegrias e amparo futuro, é normal contar o risco de frustrações, desenganos, decepções e decepções. Portanto, menos que ao dever de vigilância, impossível de ser observado durante as 24 horas de cada dia, estão os pais jungidos ao risco do que pode acontecer aos filhos pequenos, ao risco daquilo que estes, na sua inocência ou inconsciência, possam praticar em prejuízo alheio. A realidade indica que é muito mais racional e menos complicado entender que a responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos menores se funda no risco.¹²²

Até mesmo Alvino Lima, que defende o fundamento da presunção *juris tantum* de culpa dos pais, reconhece ser injusto que a vítima, na ausência de culpa daqueles, suporte o dano decorrente de atos de menores. Nas palavras desse autor:

O patrimônio dos pais se destina à família, em geral, à sua manutenção, educação dos filhos etc. Este patrimônio, em face de um ato ilícito de um filho menor, desobediente, entregue a uma vida dissoluta, a despeito da conduta paterna irrepreensível, no exercício do pátrio poder, pode ser totalmente comprometido, levando toda a família à ruína.

Entretanto, devemos convir, poderá verificar-se o contrário, isto é, que o ato ilícito do menor venha causar a ruína da vítima, sendo justo que ela seja ressarcida do dano injusto que sofreu.¹²³ (Sem sublinhas no original).

Ante todo o exposto, há de se concordar que assiste razão aos defensores da responsabilidade objetiva dos pais pelos atos de seus filhos menores. Sem dúvida, merece aplausos a adoção de tal responsabilidade pelo Código Civil de 2002, pois, além de pôr fim às discussões acerca da interpretação e da vigência do art. 1.523 do Código Civil de 1916, proporcionará uma ampliação considerável dos casos em que há a efetiva reparação dos danos sofridos pelas vítimas, uma vez que estas não terão o encargo de provar a culpa dos pais e estes não poderão

¹²² LYRA, Afranio *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 105.

¹²³ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 2000, p. 350.

eximir-se da responsabilidade simplesmente por terem agido com zelo e diligência na educação e na vigilância dos filhos. Conforme conclui Silvio Rodrigues acerca dessa responsabilidade objetiva:

Isso vem atender àquele anseio de justiça [...], pois, determinando que o pai e o patrão responderão pelos atos de seus filhos menores que estejam sob seu poder e em sua companhia, ou pelos atos praticados por seus empregados no exercício do trabalho que lhes competir ou por ocasião dele independente de culpa, amplia o âmbito de indenização, pois faz por ela responsáveis justamente aquelas pessoas que têm recursos para indenizar.¹²⁴

Verifica-se, portanto, que a evolução da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva dos pais pelos atos danosos de seus filhos demonstra uma maior preocupação, no direito brasileiro, com a pessoa da vítima e com a necessidade de reparação do dano. De fato, ao abraçar a responsabilidade objetiva dos pais, fundada na idéia do risco e da garantia de ressarcimento à vítima do prejuízo, o Código Civil de 2002 rompe com as características individualistas do Código Civil de 1916, o qual valoriza o agente do dano em detrimento da vítima, passando a atender ao anseio de justiça de que se deve garantir à vítima a reparação do dano injustamente sofrido, independentemente da vontade de seu agente ou do responsável por este.

4.5 DIREITO REGRESSIVO DOS PAIS CONTRA OS FILHOS

O Código Civil de 1916 e o novo Código Civil prevêem o direito regressivo daquele que ressarcir o dano causado por terceiro, nos seguintes termos, respectivamente:

Art. 1.524. O que ressarcir o dano causado por outrem, se este não for descendente seu, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago.” (Sem sublinhas no original).

Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz. (Sem sublinhas no original).

¹²⁴ RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.*, p. 62.

Verifica-se, portanto, que não há direito de regresso do pai contra o filho menor para reaver o que pagou como indenização pelo ato danoso por este praticado.

Alguns doutrinadores discutiam sobre a possibilidade de terem os pais direito de regresso contra os filhos relativamente incapazes, por haver responsabilidade solidária entre eles e seus pais. Antonio Junqueira de Azevedo defende tal possibilidade:

[...] sendo a responsabilidade solidária, resulta também que, movida a ação somente contra um, pai ou filho, pode o réu chamar o outro ao processo (CPC, art. 77, III). Paga, depois, a indenização, em execução, haverá direito regressivo do devedor que pagou contra o outro, nos termos comuns da obrigação solidária.¹²⁵

Entretanto, não foi esse o entendimento que prevaleceu, ao revés, antes mesmo do novo Código Civil, a maioria dos doutrinadores posicionou-se no sentido de não haver direito regressivo dos pais contra os filhos, sejam eles relativa ou absolutamente incapazes, até porque não há qualquer limitação no art. 1.524 do Código Civil de 1916, que estabelece a ressalva para todos os descendentes. Nesse sentido, afirma Alvino Lima, ao tratar da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos relativamente incapazes:

Tal responsabilidade subsiste porque, continuando a exercer sobre os mesmos o pátrio poder, com os deveres que este encargo impõe, com as obrigações referentes à vigilância e à educação, a responsabilidade não se extinguirá. [...] Aplica-se, na solução da hipótese, não só o disposto no art. 1.518, parágrafo único, que fixa a responsabilidade solidária dos autores e cúmplices do ato, como o disposto no art. 1.521, n. I, [...]. Se, entretanto, o pai pagar o dano, causado pelo filho, não terá contra o mesmo o direito regressivo, nos termos do art. 1.524 do Código Civil.¹²⁶ (Sem sublinhas no original).

Como se pode verificar, o novo Código Civil dirimiu qualquer dúvida a esse respeito, pois, ao limitar a ressalva ao direito de regresso, estabeleceu expressamente que ela se estende aos descendentes absoluta ou relativamente incapazes.

Acerca dessa restrição prevista no art. 1.524 do Código Civil de 1916 e no art. 934 do novo Código Civil, entendem alguns doutrinadores, entre eles Clóvis Beviláqua, que ela encontra fundamento no princípio de solidariedade moral e econômica pertinente à família. Assim, destaca Munir Karam:

¹²⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 69.

¹²⁶ LIMA, Alvino. *Op. cit.*, 2000, p. 323.

É regra expressa do CC que o pai que repara o dano causado por ato do filho menor não pode exercer ação regressiva (art. 1.524). Clóvis Beviláqua justifica esta exceção restritiva à situação especial de aproximação afetiva, de dever de vigilância, de solidariedade moral e, até certo ponto, econômica, do ascendente para com o descendente.¹²⁷

A despeito de tal impossibilidade regressiva, sustenta Pontes de Miranda, citado por José de Aguiar Dias, que o filho menor deverá levar à colação o *quantum* equivalente à indenização paga pelo ascendente em razão de ato lesivo daquele. Nas palavras deste autor:

Temos, no art. 1.524 do Código Civil, proibição formal que o pai exerça regressiva contra o filho. Não obstante, sustenta Pontes de Miranda que o pai, nada podendo reaver do filho, pode, entretanto, ir à colação, consequência que o exímio jurista deduz da interpretação conjugada dos arts. 1.524 e 1.793, e que se não pode deixar de aceitar, sob pena de enfrentar inconciliável contradição entre esses dispositivos.¹²⁸

Entende Pontes de Miranda que a indenização paga pelos pais por ato danoso de seu filho corresponde a gasto extraordinário, podendo, por isso, ser levado à colação.

Por outro lado, há o entendimento de que, além de haver impedimento legal à ação regressiva dos pais contra os filhos, tanto essa ação quanto a colação são inadmissíveis, pelo fato de que os pais, ao ressarcirem danos causados pelos seus filhos, respondem por culpa própria. Nesse sentido, afirma Mário Moacyr Porto:

Segundo os comentadores mais seguidos do art. 1.524, a exceção feita aos descendentes resultaria de condições morais, solidariedade familiar etc. Mas nos parece que, independentemente das razões invocadas, os pais jamais poderão reaver do seu filho incapaz o que houver pago aparentemente por ele, pela simples e decisiva razão de que o pai não paga pelo filho incapaz. Solve, ao contrário, dívida própria.¹²⁹

¹²⁷ BEVILÁQUA, Clóvis *apud* KARAM, Munir. *Op. cit.*, p. 404.

¹²⁸ MIRANDA, Pontes de *apud* DIAS, José de Aguiar. *Op. cit.*, p. 515.

¹²⁹ PORTO, Mário Moacyr. *Op. cit.*, p. 20.

De fato, parece ser este o entendimento mais correto. Aliás, ainda que não se fale em culpa dos pais, conforme foi visto, cumpre a eles, em primeiro lugar, reparar os danos decorrentes das ações de seus filhos menores. Dessarte, além de a impossibilidade de ação regressiva dos pais contra os filhos encontrar fundamento em considerações de ordem moral, solidariedade familiar e organização econômica da família, justifica-se, também, pelo fato de decorrer do poder familiar e por caber aos pais a garantia de ressarcimento dos danos causados pelos filhos menores, uma vez que são incapazes. Dessa forma, o dispositivo legal que estabelece ser inadmissível o direito de regresso dos pais contra os filhos não teria sentido se se admitisse uma cobrança posterior, na colação, do valor da indenização.

5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, percebe-se que a responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos menores constitui um tema de grande relevância jurídica e social, especialmente por envolver relações familiares, entre pais e filhos, e cuidar das conseqüências jurídicas de tais relações no contexto social, mais especificamente, quando, nesse contexto, terceiros sofrem danos decorrentes dos atos de menores.

Esse assunto gera bastante polêmica entre os doutrinadores e é muito dinâmico. No decorrer do trabalho, tratou-se das questões mais relevantes acerca dessa responsabilidade e, em especial, de seu fundamento, dando-se ênfase à sua evolução no âmbito do direito brasileiro, mais precisamente, no período compreendido entre o Código Civil de 1916 e o novo Código Civil.

Como foi visto, a responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores consiste em uma das hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro, uma vez que os pais respondem por ato materialmente praticado por outrem, isto é, por seus filhos. Essa modalidade de responsabilidade caracteriza-se por haver uma relação entre o responsável e o agente, que, no caso, corresponde à relação de parentesco existente entre os pais e os filhos, os quais são submetidos ao poder familiar. Assim, a responsabilidade dos pais está intimamente relacionada ao poder familiar e aos deveres dele decorrentes, especialmente, os deveres de vigilância e de educação dos filhos menores.

Assim, tanto o Código Civil de 1916 quanto o Código Civil de 2002 estabelecem como condições específicas para a configuração da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos as seguintes: a menoridade dos filhos e o fato de estes estarem sob o poder familiar e em companhia dos pais. Como foi demonstrado,

essas condições dão margem a diversas controvérsias, importando destacar o posicionamento adotado no presente trabalho.

Com relação à menoridade dos filhos, há de se ressaltar que os pais respondem pelos atos praticados não só pelos filhos absolutamente incapazes, mas também pelos filhos relativamente incapazes. Apesar de o Código Civil de 1916 estabelecer, em seu art. 156, que o menor relativamente incapaz é equiparado ao maior quanto às obrigações decorrentes da prática de atos ilícitos, os pais continuam sendo responsáveis por tais atos, havendo, dessa forma, uma responsabilidade solidária. Isso porque o Código Civil, ao prever a responsabilidade dos pais, simplesmente determina que estes respondem pelos atos dos filhos menores, sem fazer qualquer restrição relativa à idade dos menores. Ademais, tanto os menores relativamente incapazes quanto os absolutamente incapazes estão submetidos ao poder familiar.

No novo Código Civil, não há essa discussão a respeito da responsabilidade dos pais pelos atos praticados pelos filhos relativamente incapazes, uma vez que não há dispositivo correspondente ao art. 156 do Código Civil de 1916, não tendo, portanto, equiparado o menor púbere ao maior para fins de responsabilidade civil. Apesar disso, o novo Código Civil trouxe importante inovação¹³⁰, qual seja, a sujeição do patrimônio dos incapazes, sejam eles relativa ou absolutamente incapazes, à reparação dos danos decorrentes de seus atos. Trata-se, na verdade, de uma responsabilidade subsidiária (visto que compete aos pais responderem em primeiro lugar) dos bens do incapaz, e não dele próprio, já que é inimputável.

Outra questão polêmica, relacionada à menoridade, consiste na emancipação. Entende-se, no presente trabalho, que a emancipação concedida voluntariamente aos filhos menores não exonera os pais da responsabilidade pelos danos causados pelos filhos emancipados. De fato, se os filhos continuam, na prática, submetidos à autoridade dos pais e vivendo em companhia destes, um ato de mera liberalidade dos pais, emancipando os filhos, não pode isentá-los da obrigação de reparar os prejuízos que estes causaram a terceiro.

No que se refere ao exercício do poder familiar e à coabitação, verifica-se que aos pais não só são conferidos direitos, como também são impostos deveres correlativos. Dessarte, se por um lado, os pais têm o direito de guarda dos filhos, por outro, têm que cumprir os deveres de vigilância, de educação e de direção de sua conduta. Assim, para que surja a responsabilidade civil dos pais pelos atos danosos de seus filhos, estes devem estar subordinados ao poder familiar e viver

¹³⁰ Na verdade, trata-se de uma inovação em relação ao Código Civil de 1916, pois, antes deste, os bens dos menores já eram submetidos à reparação dos danos por eles causados, conforme foi visto no item 3.1 deste trabalho.

em sua companhia. Há de se ressaltar, entretanto, que existem situações em que, apesar de os filhos não coabitarem com os pais, estes devem responder pelos atos danosos daqueles. Como foi visto, os pais só se exoneram de tal responsabilidade se houver uma razão jurídica ou um motivo legítimo para ausência de coabitação, ou mesmo, por ter o filho abandonado injustificadamente a casa dos pais, a despeito das tentativas destes de mantê-lo ao seu lado.

Outra polêmica questão tratada na presente monografia refere-se à exigência ou não de culpa do menor para a configuração da responsabilidade dos pais. Sem dúvida, parece mais acertado o entendimento de que não se deve exigir tal culpa. De fato, não tem sentido falar-se em culpa do menor, pois a imputabilidade constitui elemento essencial da culpa, e o menor é inimputável. Há que se fazer, entretanto, uma ressalva: apenas sob a disciplina do Código Civil de 1916, pode-se exigir a culpa do menor na responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos relativamente incapazes, pois, neste diploma legal, o menor entre dezesseis e vinte e um anos de idade é equiparado ao maior quanto às obrigações decorrentes dos atos ilícitos em que for culpado, a teor do disposto no art. 156. Diversamente, no novo Código Civil, não se pode cogitar de culpa do menor, já que ele é inimputável, independentemente de ser relativa ou absolutamente incapaz.

Quanto ao tema central deste trabalho, qual seja, o fundamento da responsabilidade civil dos pais pelos atos danosos de seus filhos, verifica-se que há grandes divergências a esse respeito, havendo, de um lado, o entendimento de que ela se baseia na culpa dos pais e, de outro, o de que ela decorre de uma imposição legal, independentemente de culpa dos pais. Ademais, até mesmo os que defendem o fundamento da culpa divergem, sustentando alguns que ela deve ser provada pela vítima e outros que ela é presumida, havendo a inversão do ônus da prova.

Como ficou demonstrado, o Código Civil de 1916 adotou a responsabilidade subjetiva dos pais, ou seja, a responsabilidade fundada na culpa destes, sendo que tal culpa deveria ser provada pela vítima. Todavia, ante a crescente dificuldade de a vítima provar a culpa dos pais, ficando, na maioria dos casos, sem a devida reparação, passou-se a reconhecer a presunção de culpa em favor da vítima. Essa presunção é *juris tantum*, admitindo-se, portanto, prova em contrário, a ser produzida pelos pais. Assim, presumindo-se a culpa *in vigilando* ou a culpa *in educando* dos pais, facilita-se à vítima a obtenção de ressarcimento do dano sofrido.

Sem dúvida, o reconhecimento da presunção de culpa dos pais deixa evidente a tendência à adoção de critérios objetivos para a fixação da responsabilidade. Como foi visto no decorrer do trabalho, a presunção de culpa corresponde, na verdade, a um procedimento técnico paliativo ao rigor da responsabilidade subjetiva,

consistindo em uma situação intermediária entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva.

Essa tendência é consolidada pelo novo Código Civil, que, diversamente do Código Civil de 1916, consagra a responsabilidade objetiva dos pais pelos atos danosos praticados por seus filhos. A responsabilização dos pais, portanto, não se baseia mais na culpa, seja ela provada ou presumida, decorre, sim, de uma imposição legal. Dessarte, impõe-se aos pais o dever de garantir à vítima a reparação do dano sofrido, pois incumbe a eles suportar o risco de eventual prejuízo causado por seus filhos. De fato, os danos causados por menores não podem ficar sem ressarcimento por serem eles inimputáveis ou por não terem seus pais agido com culpa, ao contrário, mostra-se mais justo e coerente que seus pais, e não a vítima, suportem o prejuízo decorrente de seus atos.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade civil dos pais pelos atos danosos de seus filhos passou por um considerável processo de modificação, evoluindo, gradativamente, da responsabilidade subjetiva, adotada pelo Código Civil de 1916, para a responsabilidade objetiva, consagrada pelo Código Civil de 2002. Sem dúvida, essa evolução é extremamente positiva, pois evidencia uma maior preocupação, em sede de responsabilidade civil, com a pessoa da vítima e com a necessidade de reparação do dano por ela sofrido, e não mais com o agente causador do dano ou com seu responsável.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade civil dos pais. In: CAHALI, Yussef Said (coord.). *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed. atual., 1988, p. 59-90.
- BARROS, Ana Lucia Porto de; OLIVEIRA, Carlos Santos de; MELLO, Cleyson de Moraes *et al.* *O novo Código Civil comentado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, v. 1.
- BRASIL. *Código Civil comparado: Lei n. 3.071, de 1º-1-1916 x Lei n. 10.406, de 10-1-2002*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Maria Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. *Novo Código Civil brasileiro (Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002): estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante*. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais; prefácio do Prof. Miguel Reale. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- CASTRO, Guilherme Couto de. *A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª ed., 3ª tir., rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CECIN, Marinice. A responsabilidade civil dos pais pelos filhos emancipados. In: *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, v. 34, n. 90, p. 151-160, jan./abr., 2001.
- CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio Garcia (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10ª ed., 4ª tir., rev. e aum. Forense: Rio de Janeiro, 1997, v. I e II.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 8ª ed., atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002a.
- _____. *Curso de Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002b, v. 7.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 151-198.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. *Obrigações*. 12ª ed. rev. e atual. por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GONÇALVES, Aparecida Maria Valadares da Costa. O poder familiar: breves considerações à luz do novo Código Civil. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos Reis (coord.); OLIVEIRA, Rogério Alvarez de; e FRANCO, Eloísa Virgili Canci (org.). *Questões de Direito Civil e o novo Código*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, p. 372-390.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GONÇALVES, Vitor Fernandes. O projeto do novo Código Civil e as novidades em tema de responsabilidade civil. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, v. 6, n. 12, p. 197-212, jul./dez., 1998.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. In: *Novos estudos jurídicos*, v. 7, n. 14, p. 69-101, abr., 2002.
- KARAM, Munir. Responsabilidade civil dos pais pelo fato do filho. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 65, p. 393-410.
- LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2ª ed. rev. e atual. por Nelson Nery Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Culpa e risco*. 2ª ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, v. 5.
- PACAGNAN, Rosaldo Elias; e SMARCZEWSKI, Francisco. Maioridade aos 18 anos e responsabilidade civil dos pais – algumas reflexões. In: *Revista jurídica*, v. 52, n. 320, p. 57-64, jun., 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001a.
- _____. *Instituições de Direito Civil*. 19ª ed. rev. e atual. Forense: Rio de Janeiro, 2001b, v. I.
- _____. *Responsabilidade civil*. 9ª ed. rev. Forense: Rio de Janeiro, 2000.
- PORTO, Mário Moacyr. *Temas de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 20ª ed., rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4.
- SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- SCARABELLI, Camila Ceroni. Responsabilidade civil dos pais. In: *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, v. 1, n. 1, p. 33-40, out./dez., 2001.
- STOCO, Rui. A responsabilidade civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; e MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord.). *O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2003.
- _____. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial*. 5ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 4.