



RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS PRATICADOS PELOS FILHOS MENORES

Parents' civil liability for the acts of minor children

Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 17/2018 | p. 135 - 154 | Out - Dez / 2018
DTR\2018\22655

Aline de Miranda Valverde Terra

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UERJ. Professora de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Professora dos cursos de Pós-Graduação da PUC-Rio e do CEPED/UERJ. Coordenadora editorial da Revista. ammmvalverde@hotmail.com

Gisela Sampaio da Cruz Guedes

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UERJ. Professora dos cursos de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio e do CEPED/UERJ. Advogada. gsc@bmalaw.com.br

Área do Direito: Civil; Infância e Juventude

Resumo: O artigo se propõe a analisar a responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos menores a terceiros. O Código Civil de 2002 atribuiu a essa responsabilidade natureza objetiva, para fins de melhor atender aos interesses da vítima. Nesse cenário, buscar-se-á demonstrar a evolução do conceito de pátrio poder para o de autoridade parental, bem como a melhor interpretação do termo “companhia”, expresso no art. 932, I, do Código Civil, que deve ser entendido como influência sobre a criança, e não como contato físico. Analisar-se-á, também, a responsabilidade subsidiária dos filhos menores em caso de insuficiência do patrimônio dos responsáveis, ressaltando-se a utilização do parâmetro do patrimônio mínimo para fins de impedir que a indenização reduza o patrimônio do menor ao ponto de afetar a sua dignidade.

Palavras-chave: Responsabilidade civil – Pais – Filho menor – Ilícito causado por menor – Autoridade parental

Abstract: This article examines parents' liability for injury to third parties caused by minor children. The Civil Code of 2002 took the position that parents' liability must be objective in nature, so as to better address victims' interests. The authors show how the concept of patria potestas has evolved into parental authority, and develop a better interpretation of the term company (companhia) in article 932, I of the Brazilian Civil Code, which should be understood as influence over the child rather than physical contact. The authors also analyze minor children's secondary liability in cases where their parents do not have sufficient property, and argue that the criterion of minimum property (patrimônio mínimo) serves to prevent situations where payment of damages would reduce the minors' property to the point of affecting their dignity.

Keywords: Tort law – Parents – Minor children – Tort committed by minor – Parental authority

Sumário:

Introdução - 1.A responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores - 2.Exoneração da responsabilidade dos pais - 3.Responsabilidade dos filhos menores - Conclusões

Introdução



O sistema de responsabilidade civil se desenvolve sob a ideia segundo a qual incumbe ao agente causador do dano o dever de indenizar, o que se denomina "responsabilidade por fato próprio" ou "responsabilidade direta". No entanto, com o propósito de oferecer maior proteção à vítima, flexibilizou-se a regra geral, e passou-se a admitir a atribuição do dever de indenizar a terceiros ligados ao agente ofensor por certa relação jurídica, configurando-se a chamada "responsabilidade indireta" ou "responsabilidade por fato de terceiro".

No contexto histórico em que emergiu, a utilidade da responsabilidade por fato de terceiro residia na presunção de culpa daquele que possuía o dever de guarda a partir da prova da culpa de quem se encontrava sob sua autoridade. Assim, a título de exemplo, provada a culpa do empregado, presumia-se a culpa do empregador, que passava a responder pelos prejuízos causados, em última análise, por sua própria falta de vigilância ou pela má escolha do preposto (culpa in vigilando ou in eligendo).

Atualmente, todas as hipóteses de responsabilidade civil por fato de terceiro são regidas pelas regras da responsabilidade objetiva, como se verá a seguir. Assim, tornou-se desnecessário analisar, no exemplo formulado, a conduta do empregador, porque, independentemente de ter agido ou não com culpa, responderá pelos danos causados pelos atos culposos de seus empregados.

Dentre as espécies de responsabilidade civil por fato de terceiro, destaca-se a responsabilidade dos pais "pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia", tal qual previsto pelo art. 932, inciso I, do Código Civil (LGL\2002\400), tema central deste artigo.

A ausência de discernimento torna os menores de 16 anos absolutamente incapazes para os atos da vida civil (art. 3º do CC (LGL\2002\400)), enquanto o discernimento incompleto dos menores de 18 anos e maiores de 16 anos os qualifica como relativamente incapazes (art. 4º c/c art. 5º do CC (LGL\2002\400)). No primeiro caso, a vontade do menor, em regra, não é relevante para o Direito (salvo em raras hipóteses nas quais a lei expressamente a considera, a exemplo da adoção envolvendo crianças maiores de 12 anos, e naquelas referentes ao exercício de direitos existenciais, contanto que o menor apresente o necessário discernimento¹), e os atos da vida civil que lhes digam respeito são praticados por seu representante. No segundo, a vontade do relativamente incapaz passa a ter importância, desde que acompanhada da manifestação de vontade do assistente. Em ambos os casos, todavia, a inexistência de completo discernimento acarreta a mesma consequência diante de eventual dano causado pelo menor: ausência de responsabilidade civil.

Como regra geral, os pais são responsáveis pela reparação civil decorrente dos danos injustos praticados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. Essa responsabilidade tem como fundamento a autoridade parental, que impõe aos pais importante feixe de deveres. Trata-se, como já se observou, "de aspecto complementar do dever de educar os filhos e sobre eles manter vigilância".²

Assim, à guisa de exemplo, em caso de acidente automobilístico, responderá o pai, independentemente de culpa, por todos os danos que seu filho, menor de idade, vier a causar, caso dirija veículo estando embriagado e sem a devida habilitação. Da mesma forma, responderá na esfera cível o pai pelos prejuízos materiais causados a terceiros por furto ou roubo praticado por seu filho menor.

Como o dano precisa ser reparado em toda a sua extensão, o Direito vem em socorro da vítima, responsabilizando os pais, independentemente de culpa. Assim, não importa se os pais falharam ou não no seu dever de vigilância. Para se eximirem do dever de indenizar, deverão provar que não houve dano, que não há nexo de causalidade entre a conduta do filho menor e o dano, ou que houve sua interrupção, o que poderia ocorrer diante de fato exclusivo de terceiro, fato exclusivo da própria vítima ou por caso fortuito ou força maior.



A responsabilidade civil dos pais pelos atos de seus filhos menores já foi campo de intensos debates, como se abordará adiante, sobretudo no que se refere à natureza dessa responsabilidade, e é frequentemente citada como exemplo da importância da jurisprudência para a evolução da responsabilidade civil.

1.A responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores

1.1.Natureza da responsabilidade

O Código Civil de 1916 já determinava, no art. 1.521, inciso I, a responsabilidade dos "pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia". A desejada ampliação da tutela da vítima pretendida com a previsão da responsabilidade indireta se revelava, contudo, artificial, uma vez que o então vigente art. 1.523 requeria, para a imputação de responsabilidade aos pais, a prova de sua culpa na ocorrência do dano.³

De fato, o art. 1.523 do Código Civil (LGL\2002\400) estabelecia que as pessoas indicadas no art. 1.521 só seriam responsáveis "provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte". Assim redigido, o dispositivo tornava praticamente inócuo o art. 1.521, já que exigia que a vítima demonstrasse, no caso concreto, a violação de um dever de guarda sobre o terceiro, o que, na prática era quase uma prova diabólica. O dano, portanto, decorria não só do fato reprovável do menor, mas, também, do fato próprio dos pais, consubstanciado na omissão no dever de vigilância sobre o filho.⁴ Essa constatação conduziu parte da doutrina a criticar a expressão "responsabilidade por fato de terceiro", como o fez Carvalho de Mendonça nos seguintes termos:

"o que se chama hoje de responsabilidade por fato de outrem é, num sentido moral superior, uma responsabilidade de fato próprio, tendo por fundamento a culpa in vigilando ou a culpa in eligendo e não o direito de representação, pois que o responsável jamais pode ser presumido como tendo dado ao seu representante direitos de ofender. De modo que essa espécie de responsabilidade não é derogatória do princípio da personalidade da culpa".⁵

O Código Civil de 1916 mantinha-se, assim, fiel à primazia da responsabilidade subjetiva, bem como ao conceito subjetivo de culpa,⁶ a dificultar sobremaneira a reparação dos danos causados pelos filhos menores. Coube à doutrina e à jurisprudência conferir ao artigo 1.521 interpretação que prestigiasse a tutela da vítima e, ultrapassando a literalidade do art. 1.523, passou-se, paulatinamente, a entender que as situações descritas naquele dispositivo encerravam hipóteses de culpa presumida, bastando à vítima demonstrar a existência de nexo de causalidade entre o dano por ela sofrido e o fato do menor.⁷ De todo modo, por se cuidar de presunção iuris tantum, admitia-se prova em contrário, e bastava ao pai provar que não faltara com seu dever de vigilância sobre o filho para se eximir do dever de indenizar.

No entanto, como advertia Wilson Melo da Silva, citando as lições de De Page, "presunção, em matéria de responsabilidade, vimo-lo já, e por mais de uma vez, são 'máscaras' apenas".⁸ E, na sequência dessa passagem, concluía: ter-se-ia, apenas, a 'etiqueta' da culpa, o mero rótulo, o simples arcabouço vazio, o envelope sens contenu, a imagem vã, o corpo sem gravidade ou o gás sem expansão do expressivo linguajar de Butera.⁹

O Código Civil de 2002 trouxe, nesse particular, importante avanço. Acompanhou a tendência contemporânea de tutelar prioritariamente a vítima e, no artigo 933, transferiu a matéria para o campo da responsabilidade objetiva, declarando que as pessoas indicadas no artigo 932 respondem, independentemente de culpa, pelos atos de terceiros.¹⁰ Desloca-se, assim, da vítima para os pais o ônus de eventual fatalidade. À vítima se presta a mais eficaz garantia de que receberá o ressarcimento pelo ato do menor. Não mais se valora, portanto, o comportamento dos pais, a quem se impõe o



dever de indenizar provado o nexo de causalidade entre o dano e o ato do filho menor.

Assim, embora o rol de hipóteses contempladas pelo art. 932 do Código Civil de 2002 seja cópia quase literal do antigo art. 1.521 do Código Civil de 1916, contemplando a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, dos tutores e curadores pelos pupilos e curatelados, do empregador pelo empregado e assim por diante, o art. 933 estabeleceu de forma expressa que, nas referidas hipóteses, a responsabilidade por fato de terceiro independe de culpa, contrariando a orientação estabelecida no Código anterior.

A responsabilidade subjetiva, calcada na teoria da culpa, cedeu espaço à responsabilidade objetiva, cujas hipóteses de incidência foram consideravelmente ampliadas com o Código Civil de 2002. Os pais e as demais pessoas indicadas no art. 932 não mais se eximem do dever de indenizar demonstrando a ausência de omissão no seu dever de guarda. A responsabilidade por fato de terceiro assume, então, papel garantidor em prol da tutela da vítima. Nesses termos, provado o dano, basta a demonstração do nexo de causalidade com o ato do filho que surgirá para os pais, sob cuja autoridade está o menor, o dever de indenizar. Ao julgador deixa de se impor o exame do comportamento do responsável.

Para além dessa notável mudança, se comparado com o seu antecessor, o artigo 932 traz também importante ajuste de redação. Segundo o art. 932 do Código Civil de 2002, os pais respondem "pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia". Já o art. 1.521, inciso I, do Código Civil de 1916 estabelecia a responsabilidade dos "pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia". Assim, no lugar de "poder", o Código Civil de 2002 se valeu da expressão "autoridade", a revelar com maior acuidade o sentido da norma, como se demonstrará no próximo item.

1.2. Requisitos da responsabilidade dos pais

A atribuição de responsabilidade aos pais exige, em primeiro lugar, a demonstração de que a conduta do menor, caso fosse imputável, seria hábil a configurar sua responsabilidade. Evidentemente, não há que se falar em conduta culposa do menor, uma vez que não há a capacidade de discernimento necessária à configuração da culpa. Impõe-se, com efeito, verificar se o menor praticou ato equivalente ao ilícito, ato que represente descumprimento de dever legal, hábil a produzir dano injusto. O dever de indenizar dos pais só surge, em definitivo, diante da prática, pelo filho menor, de conduta objetivamente contrária à ordem jurídica.¹¹

Requer-se, ademais, a conjugação de dois fatores: a menoridade e o fato de o filho estar sob a autoridade e na companhia dos pais. A menoridade se prova com a certidão de nascimento, e não suscita maiores problemas. Convém ressaltar que o filho deve ser menor de idade no momento em que pratica a conduta lesiva.¹² Pouco importa que o dano apenas se produza quando atingida a maioridade,¹³ ou que a ação de responsabilidade civil só seja ajuizada quando cessada a menoridade.¹⁴ O marco temporal é, sempre, a data do ato danoso.

Ocorrendo a emancipação legal do menor, cessa a responsabilidade dos pais; cuidando-se, todavia, de emancipação voluntária, mister analisar se os pais tiveram em mira se eximir da responsabilidade pelo dano causado pelo filho, hipótese em que não ficam exonerados, já que configurada inequívoca fraude à lei. Nessa direção, cuidando-se de emancipação genuína, em que o jovem passa a agir de modo completamente independente e com autonomia, produzem-se os seus regulares efeitos, liberando-se o patrimônio dos pais de qualquer responsabilidade pelos danos por ele causados.¹⁵

O terceiro requisito requer análise mais detida. O Código Civil de 1916 utilizava o termo poder, pelo que se entendia que a responsabilidade dos pais consistia em "consequência lógica do pátrio poder".¹⁶ Sob a égide da legislação anterior, embora já se



compreendesse o pátrio poder como poder-dever, de modo que seu exercício não se submetia ao arbítrio do seu titular, mas voltava-se para a promoção do melhor interesse do filho, pouca (ou nenhuma) atenção se dava à autonomia da criança e do adolescente. Exigia, ainda, o legislador, que os pais tivessem o menor em sua companhia, o que era entendido como exigência de coabitação, pois acreditava-se que apenas assim seria possível exercer adequadamente o dever de vigilância sobre os filhos.¹⁷

O Código Civil de 2002, por sua vez, emprega a expressão sob sua autoridade, preservando a abrangência do Código anterior, mas incorporando a evolução do conceito de pátrio poder para o de autoridade parental. A mudança não é meramente vernacular; revela certa alteração na dinâmica relacional entre pais e filhos. Se sob a égide do Código Civil de 1916 o pátrio poder exigia que os pais decidissem levando em consideração o melhor interesse dos filhos menores,¹⁸ sob as luzes do Código Civil de 2002, a autoridade parental se constrói “na bilateralidade do diálogo e do processo educacional, tendo como protagonistas os pais e os filhos, informados pela função emancipatória da educação”.¹⁹

Nesse cenário, a função da autoridade parental consiste em permitir aos filhos menores a aquisição do necessário discernimento para o desenvolvimento de sua autonomia, condição para o pleno exercício de seus direitos fundamentais, de modo a lhes possibilitar efetivar suas próprias escolhas, com a correlata responsabilidade.²⁰ Com efeito, até que o filho adquira completa autonomia – o que se verifica ao completar 18 anos e atingir a maioridade civil –, os pais devem educá-lo, criá-lo e assisti-lo, nos termos do art. 229 da Constituição da República.²¹ Durante esse processo, a responsabilidade civil dos pais pelos danos causados pelos filhos menores surge como a outra face da moeda daqueles deveres.

De outro lado, a referência a companhia, mantida no art. 932, I, não deve ser entendida como contato físico permanente,²² ou contato físico estrito, porque, do contrário, os pais se liberariam da responsabilidade muito facilmente, bastando, para tanto, que o menor não estivesse ao seu lado ou que se encontrasse temporariamente fora do seu campo de visão. Não se cuida, com efeito, de apurar se os filhos estavam sob o poder material e direto dos pais no preciso momento em que ocorrera o dano, mas, sim, se estavam sob sua companhia, o que nem sempre pressupõe a proximidade física. Nesse sentido, por exemplo, se o menor causa dano a terceiro quando estava em festa infantil, fora do campo de visão dos pais, ou mesmo deles desacompanhado, ou acompanhado de apenas um dos genitores, a falta de contato físico momentâneo de um ou de ambos os pais não os exime de responder solidariamente.

Encerra questão bem mais delicada identificar a quem deve ser atribuída a responsabilidade – isto é, qual dos pais deve responder – pelos danos causados pelo filho em caso de separação ou divórcio. Duas são as possibilidades em relação aos filhos menores: o estabelecimento de guarda compartilhada – que passou a ser a regra no direito brasileiro – ou de guarda unilateral com regulamentação de visitas para o não guardião. Qualquer que seja a solução adotada, importa sublinhar que nenhuma repercussão haverá no exercício da autoridade parental,²³ já que ambos os pais conservam todo o feixe de deveres em relação ao filho, devendo assisti-lo, criá-lo e educá-lo,²⁴ independentemente de exercer ou não a guarda.

Cuidando-se de hipótese de guarda compartilhada, em que se verifica a estreita convivência entre filhos e genitores, a responsabilidade é solidária, respondendo ambos pelos danos causados pelo filho menor, ainda que estivesse na companhia exclusiva de um deles no momento do ato danoso.²⁵

De outro lado, se a guarda tiver sido atribuída de forma exclusiva a um dos genitores, que tem o menor, portanto, em sua constante companhia, a princípio, só o guardião responderá pelo dano. Foi justamente o que restou decidido no julgamento do Recurso Especial 1.232.011/SC, em que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça deixou de condenar mãe, residente e domiciliada em outro Estado, pelos danos decorrentes do



atropelamento causado por seu filho menor de 17 anos. Nesse caso, o menor, sem autorização do pai, com quem morava e convivia, saiu com o seu carro e atropelou vítima também menor. No voto do relator, Ministro João Otávio de Noronha, lê-se: "entendo que o legislador, ao traçar que a responsabilidade dos pais é objetiva, restringiu a obrigação de indenizar àqueles que efetivamente exercem a autoridade e tenham o menor em sua companhia".²⁶

Contudo, trata-se, como se afirmou, de questão delicada. Atentos às circunstâncias do caso concreto, os tribunais, por vezes, atribuem o dever de indenizar também o não guardião. Nessa esteira, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, reconheceu a responsabilidade do não guardião, solidariamente com o guardião, pela reparação do dano moral decorrente de agressão cometida pelo filho menor, e determinou que

"a conduta ilícita do autor do dano, no campo da responsabilidade civil é condizente com educação e assistência moral e afetiva dos pais separados em relação aos filhos, não se resumindo exclusivamente à vigilância sobre eles na vida diária".

Para o relator, nesses casos, ambos os genitores estão abrangidos pelo dever de indenizar, "porque extrapola em muito as travessuras do dia-a-dia que o adolescente possa vir a praticar por ausência de uma fiscalização direta de seu guardião". No caso concreto, o menor teria agredido fisicamente seu colega na escola, o que, para o Tribunal, indicaria

"uma falta de melhor cuidado de ambos os pais, não podendo ser limitada a responsabilidade do guardião nos termos do artigo 932, inciso I, do Código Civil (LGL\2002\400), porque a separação legal dos pais, pondo termo à sociedade conjugal, não exclui o dever de educação, assistência e orientação de ambos na formação psicológica, educacional e profissional dos filhos".²⁷

De todo modo, é, também, possível, excepcionalmente, afastar a responsabilidade do guardião e atribuí-la, com exclusividade, ao não guardião quando o menor cause o dano em dia de visita regulamentada, hipótese em que está em sua companhia e o guardião sequer tem como exercer qualquer vigilância e influência sobre o menor. Ainda que seja atribuída a guarda unilateral a um dos genitores, o não guardião, além de conservar inalterável a autoridade parental, tem garantido o direito/dever de visita²⁸, que, quando exercido, lhe atribui também o dever de fiscalização do menor. Ademais, de acordo com o art. 1.583, § 5º "a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos". Entendimento diverso, que afastasse o não guardião da incidência do art. 932, I, quando o menor está em sua companhia, iria de encontro ao escopo da norma, consistente na proteção integral da vítima, além de criar injustificável desigualdade entre os genitores, onerando desproporcionalmente aquele que já está incumbido de decidir sobre as questões do dia a dia do menor.

Evidentemente, a regra do art. 932, inciso I, do Código Civil (LGL\2002\400) se aplica no âmbito de qualquer relação paterno-filial, já que o nexo de imputação, precisamente, a autoridade parental, cujo conteúdo e a abrangência independem da origem da filiação, e a companhia. Assim, cuidando-se de filho adotivo, o pai adotante responderá pelos atos ilícitos causados pelo filho menor, da mesma forma como o fará o pai socioafetivo.²⁹

Aliás, no âmbito da socioafetividade, vale destacar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, com repercussão geral, por maioria, ao julgar o Recurso Extraordinário 898.060, que "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios".³⁰ Cuida-se, em definitivo, do reconhecimento da multiparentalidade pelo STF, com todas as consequências daí advindas, inclusive no âmbito da responsabilidade civil. Nessa direção, todos os pais, biológicos e socioafetivos, responderão solidariamente pelos danos que o filho menor causar.



Cumpra ressaltar, todavia, que o padrasto e a madrasta não respondem pelos danos causados pelo enteado, já que entre eles não se estabelece vínculo paterno-filial.³¹ A situação se altera se configurada a filiação socioafetiva, hipótese em que, como já apontado, serão responsáveis civilmente.³² De todo modo, excepcionalmente, e apesar do teor do art. 1.636 do Código Civil (LGL\2002\400), é possível que o padrasto/madrasta responda pelos danos causados pelos enteados que tenha em sua companhia, quando não houver o exercício da autoridade parental por parte dos próprios pais biológicos, e tampouco instituição de tutela. O intuito dessa orientação é, uma vez mais, tutelar prioritariamente a vítima.

2. Exoneração da responsabilidade dos pais

Apenas em hipóteses muito específicas é possível que os pais se exonerem da responsabilidade pelos danos praticados pelos filhos menores. A primeira situação em que isso pode ocorrer se verifica diante da suspensão ou perda da autoridade parental. Se a autoridade parental é requisito da responsabilidade civil dos pais, sua eventual suspensão ou perda afasta a possibilidade de responsabilização do genitor.³³ Ao propósito, a jurisprudência tem afirmado que, "em se tratando de responsabilidade civil extracontratual, objetiva e indireta, por fato de outrem, a única possibilidade dos pais se exonerarem é quando suspenso ou extinto o poder de direção sobre o filho menor".³⁴

De acordo com o art. 1.635, extinguem a autoridade parental a morte de ambos os pais ou do filho, a emancipação, a maioridade, a adoção e decisão judicial que determine a sua perda. Por se cuidar de medida extrema, a perda da autoridade parental só deve ser determinada pelo juiz quando se revelar promotora da tutela prioritária do filho, em situações nas quais o comportamento de seus pais coloque em risco sua segurança e dignidade.

Nessa direção, são causas que ensejam a perda da autoridade parental o abandono do menor, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, a prática reiterada de atos que determinem sua suspensão, bem como o castigo imoderado.³⁵ Quanto a este último, vale mencionar a chamada Lei da Palmada (Lei 13.010/2014 (LGL\2014\5404)) que, com o escopo de evitar agressões físicas contra a criança e o adolescente, acrescentou o seguinte dispositivo ao ECA, contribuindo para a construção do conceito de "castigo imoderado":

"Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se: I – castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão; II – tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize".

Por óbvio, para exonerar os pais da responsabilidade, é necessário que o ato lesivo praticado pelo menor seja posterior à suspensão ou perda do poder familiar.

Os pais também podem ser exonerados, a despeito de manterem a autoridade parental, quando provarem alguma razão jurídica legítima de não terem os filhos menores em sua companhia. Seria o caso, por exemplo, de o menor residir com os avós, não com os pais, configurando-se delegação da guarda e, conseqüentemente, do dever de vigilância, ainda que de forma temporária. Nesse caso, a responsabilidade é dos avós. De mesma forma, exonerar-se-iam os pais se o menor causasse danos a terceiros enquanto estivesse sob os cuidados e vigilância de instituição de ensino, a revelar que sua



responsabilidade pode mesmo ser intermitente.³⁶ Assim, embora, em regra, a impossibilidade material de vigilância não exonere os pais,³⁷ torna-se imperioso observar quem, no caso concreto, tinha autoridade sobre o menor no momento do dano e de quem era efetivamente o dever de vigilância.

Por fim, vale observar que o pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde em razão disso a autoridade parental quanto aos filhos do relacionamento anterior, exercendo-a sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. É o que estabelece o art. 1.636 do Código Civil (LGL\2002\400), cujo parágrafo único ainda determina que "igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável". Por isso, ainda que não tenha a guarda dos filhos menores, responderá civilmente pelos seus danos sempre que causados em dia de visitação, conforme já se apontou.

3. Responsabilidade dos filhos menores

Como já se observou, embora a regra seja a responsabilidade direta, o Código Civil (LGL\2002\400), a fim de tutelar a vítima, atribuiu responsabilidade objetiva a quem tem meios de indenizá-la, nos casos em que o autor do dano normalmente não tem condições de fazê-lo – como se passa na hipótese de responsabilidade dos pais pelos filhos –, bem como àquele que obtém proveito da atividade exercida pelo causador do dano – como ocorre na responsabilidade do empregador pelos atos do empregado.

Isso não importa, todavia, em exoneração da responsabilidade do autor do dano. Ao contrário. É ao causador do dano que cabe, em última instância, o dever ressarcitório, sendo a responsabilidade pelo fato de terceiro apenas um meio legal de garantir que a vítima não reste desamparada.³⁸ Por isso, o artigo 934 do Código Civil (LGL\2002\400) estabelece a possibilidade de aquele que houver suportado os efeitos da responsabilidade indireta ajuizar ação regressiva contra o autor do dano e recuperar o valor desembolsado com a reparação da vítima.

O preceito do artigo 934 estabelece uma única exceção à possibilidade de regresso. Trata-se, justamente, da hipótese objeto deste estudo, em que o autor do dano seja descendente, absoluta ou relativamente incapaz, do responsável pela indenização. A proibição do regresso, nesse caso, se justifica por "considerações de ordem moral e da organização econômica da família", bem como pela "solidariedade moral e, até certo ponto, econômica do ascendente para com o descendente".³⁹ A exceção se afigura mesmo razoável, tendo em vista a diversidade de fundamentos que animaram o legislador a estabelecer as diversas hipóteses de responsabilidade indireta: enquanto o fundamento da responsabilidade do empregador pelos atos do empregado se baseia no lucro ou benefício por ele auferido com a atividade de seu preposto, situando-se, por conseguinte, no âmbito exclusivamente patrimonial, no campo da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, cuja relação é pautada, sobretudo, por aspectos existenciais, a ação de regresso, voltada para o ressarcimento financeiro, amesquinharia a relação paterno-filial. Andou bem, portanto, o legislador, ao manter a orientação já consagrada no Código Civil de 1916.

Pontes de Miranda, todavia, arguia, sob a égide do Código anterior, a injustiça da proibição do regresso nos casos em que os pais são pobres, e os filhos, ricos.⁴⁰ A crítica, que àquela altura poderia se justificar,⁴¹ já não se sustenta frente à dicção do novo artigo 928, segundo o qual o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não dispuserem de meios suficientes. Logo, se os pais não tiverem condições de arcar com a indenização, o patrimônio do incapaz poderá ser alcançado para fazer frente à indenização devida. Cuida-se, evidentemente, de responsabilidade subsidiária.⁴² Dito de outro modo, a responsabilidade pelo ressarcimento dos danos causados pelo filho menor é dos pais, e somente quando seu patrimônio for insuficiente para arcar com a indenização, admite-se que sejam executados os bens do próprio incapaz. A solução, que inova em face do sistema anterior, volta-se, a toda evidência, à tutela da vítima, que poderia permanecer sem ressarcimento em caso de insolvência do



responsável, ainda que o incapaz possuísse patrimônio significativo.

O art. 928 prevê, ainda, segunda hipótese em que o patrimônio do incapaz responde pela indenização do dano injusto por ele causado, não já subsidiariamente, mas direta e solidariamente⁴³ com as pessoas por ele responsáveis: quando as referidas pessoas não tiverem obrigação de fazê-lo. Trata-se da situação contemplada no art. 116 da Lei 8.069, de 13 julho 1990, segundo o qual

“em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima”.⁴⁴

Ademais, notável foi a inovação trazida pelo parágrafo único do artigo 928, segundo o qual a indenização, além de equitativa, não deve privar o incapaz dos meios necessários à sua sobrevivência. Erigido a fundamento da República pela Constituição de 1988, o princípio da dignidade humana exige que se garanta, a cada indivíduo, os meios necessários para o desenvolvimento da sua personalidade e para a manutenção de uma vida digna. Significa que a preservação de um patrimônio mínimo, blindado contra os interesses patrimoniais dos credores, que garanta ao devedor a manutenção de sua dignidade, é exigência da Constituição, e independe de previsão infraconstitucional específica. Cuida-se, por conseguinte, de “imunidade jurídica inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores”.⁴⁵

Em termos práticos, o limite humanitário há de ser tutelado, também, nos casos em que a indenização recaia sobre o patrimônio dos pais, de sorte que a utilização do patrimônio do incapaz se dê não apenas quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos ao montante necessário à preservação de uma vida digna,⁴⁶ noção que não deve ser interpretada restritivamente, sob pena de se limitar o alcance do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Conclusões

Como analisado, e na esteira de tendência do sistema jurídico brasileiro de tutelar prioritariamente a vítima, o Código Civil de 2002 estabeleceu a responsabilidade objetiva dos pais pela conduta dos filhos menores que venham a causar danos a terceiros.

Dentre as relevantes modificações implementadas, o art. 932 do Código Civil de 2002 determina que os pais serão responsáveis pelos danos causados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade, e não sob o seu poder, como antes estabelecia o Código Civil de 1916. Tal modificação revela importante evolução do conceito de pátrio poder para o de autoridade parental, que implica diretamente alteração na dinâmica da relação entre pais e filhos.

Atribui-se, assim, função à autoridade parental, qual seja, a de conduzir os filhos menores na aquisição de discernimento suficiente ao desenvolvimento de autonomia responsável, tornando possível que eles façam suas próprias escolhas de forma consciente e exerçam plenamente seus direitos, com a correlata responsabilidade.

Até que os filhos alcancem a verdadeira autonomia com a maioridade civil, caberá aos pais criá-los, assistindo-os quando necessário e educando-os para que desenvolvam suas capacidades de maneira regular. E é exatamente em contrapartida a esses deveres que os pais, ao longo de todo o processo de criação dos seus filhos menores, serão os civilmente responsáveis pelos danos advindos da conduta desses filhos.

Já o termo companhia expresso no art. 932, I, do Código Civil deve ser interpretado no sentido de influência sobre a criança, e não de contato físico. Afasta-se, assim, a necessidade de se apurar, para fins de responsabilização dos pais, se estes exercem vigilância concreta ou mantêm contato físico permanente com o menor. A apuração deverá, em verdade, levar em consideração se os filhos estavam sob a autoridade, e não sob a guarda ou sob o poder material e direto dos pais.



A importância de tal apuração pode ser visualizada nos casos de extinção da relação de conjugalidade. Em princípio, a separação não influencia na possibilidade de responsabilização objetiva dos pais pelos atos dos filhos, já que, além de a titularidade e o exercício da autoridade parental não sofrerem qualquer modificação, conservando ambos os pais todo o feixe de deveres em relação ao filho, a regra passou a ser, no direito brasileiro, a guarda compartilhada, em que ambos os genitores convivem estreitamente com os filhos menores. Situação peculiar é aquela em que o menor está sob a guarda exclusiva de um dos cônjuges, hipótese em que responderá exclusivamente o guardião. De todo modo, excepcionalmente, pelo fato de o não guardião conservar inalterável a autoridade parental e ter o direito e o dever de visitação, sempre que o dano for causado quando o menor estiver sob sua autoridade, vale dizer, em dia de visitação, a responsabilidade lhe será imputada com exclusividade, exonerando o genitor guardião.

Outro ponto de destaque acerca do tratamento que o Código Civil de 2002 conferiu à responsabilidade dos pais em relação aos filhos menores diz respeito à responsabilidade subsidiária atribuída aos incapazes pelo art. 928, se as pessoas por eles responsáveis não dispuserem de meios suficientes para arcar integralmente com a indenização. Significa dizer que os pais respondem, em primeiro lugar, com seu patrimônio e, caso este não seja suficiente, lança-se mão do patrimônio do menor.

Seja como for, no mais das vezes, os filhos espelham os pais e, por isso mesmo, não causa estranheza que se lhes atribua a responsabilidade pelos atos danosos de seus filhos menores. "O que o pai calou aparece na boca do filho". A frase é de Nietzsche, que observava, também: "Muitas vezes descobri que o filho era o segredo revelado do pai" (Humano, demasiado humano). Se os filhos não refletirem os pais, no mínimo, os pais precisam conhecer profundamente seus filhos para orientá-los e educá-los, a fim de conduzi-los à autonomia responsável. E diz-se isso por, pelo menos, duas ordens de razões: autoridade se exerce na medida da pessoa humana e os pais não respondem apenas por fato próprio.

1 Sobre a relevância da vontade do menor para a prática de atos existenciais, confira-se: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Relevância da autonomia privada das crianças e adolescentes: há o direito infantil à autodeterminação? In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). O direito das famílias entre a norma e a realidade. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45-66.

2 VENOSA, Sílvio de Salvo. Dever paternal: a responsabilidade dos pais pelos filhos menores. Disponível em: [www.conjur.com.br/2008-mai-05/responsabilidade_pais_pelos_filhos_menores]. Acesso em: 16.04.2018.

3 O art. 68, § 4º, do antigo Código de Menores de 1927 complementava esse dispositivo, responsabilizando os pais ou a pessoa a quem incumbia legalmente a vigilância, salvo se provassem que, de sua parte, não tivesse havido culpa ou negligência. O Código de Menores de 1979 revogou o diploma anterior, mas não trouxe dispositivo análogo para regular a matéria. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) também não regula a responsabilidade dos pais por atos dos seus filhos.

4 É o que se depreende do seguinte julgado: "Responsabilidade civil. Ato ilícito praticado por menor. Acesso a arma de fogo. Procede com culpa in vigilando e negligência o pai que guarda arma de fogo em local de fácil acesso ao filho menor. Daí o ato ilícito praticado pelo menor evidencia a responsabilidade civil prevista no art. 1.521, inciso I do Código Civil, cumprindo ao pai compor o dano que, por sua negligência, permitiu ao filho



perpetrá-la" (TJRJ, 8ª CC, AC 0001122-93.1993.8.19.0000, rel. Des. Geraldo Batista, j. 31.10.1995, DJ 02.01.1996).

5 CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. Doutrina e prática das obrigações. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. t. 2. p. 462. Na mesma direção, confira-se: DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 741-742.

6 Clóvis Bevilacqua, ao comentar o art. 1.523 do Código Civil de 1916, afirmava: "A responsabilidade dos pais, tutores, curadores, patrões, amos, comitentes, donos de hotéis e estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, assim como a das pessoas jurídicas, no caso previsto no art. 1.522, é indireta. Por isso o Código somente a torna efetiva, quando se lhes puder imputar culpa, isto é, quando essas pessoas não empregaram a diligência necessária, nem tomaram as precauções para que o dano se não desse" (BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 12. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1957. v. 5. p. 233).

7 SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 5. p. 272. Veja-se, ainda: CARVALHO SANTOS, J. M. Código Civil Brasileiro interpretado. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. v. 20. p. 265-266; GOMES, Orlando. Obrigações. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 290; RODRIGUES, Silvio. Responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 4. p. 67; PORTO, Mario Moacyr. Responsabilidade civil por fato ou ação de terceiro: dever de indenizar dos pais e dos patrões. Revista dos Tribunais, v. 78. dez. 1989. p. 7-11.

8 SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 142.

9 SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem culpa. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 142.

10 Enunciado 451 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Arts. 932 e 933. A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida".

11 Esse é, precisamente, o conteúdo do Enunciado 590 da Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, prevista no art. 932, inc. I, do Código Civil, não obstante objetiva, pressupõe a demonstração de que a conduta imputada ao menor, caso o fosse a um agente imputável, seria hábil para a sua responsabilização". Na doutrina, Orlando Gomes explica: "Ora, se a responsabilidade do pai pressupõe a prática de ato ilícito pelo filho, isto é, ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, é lógico que não há responsabilidade paterna enquanto o filho não tiver capacidade de discernimento. Um menor de quatro anos não sabe o que faz. Se a outrem causar dano, não se pode dizer que agiu culposamente; se não há culpa, ato ilícito não praticou; se não cometeu ato ilícito, o pai não responde pela reparação do dano, porque a responsabilidade indireta supõe a ilicitude no ato de quem causa prejuízo. Apesar de lógico, esse raciocínio não prevalece na prática. Verificados os pressupostos da responsabilidade paterna, nasce a obrigação de indenizar o dano causado pelo ato do filho menor" (GOMES, Orlando. Responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 100-101). Confira-se, ainda: PORTO, Mário Moacyr. O caso da culpa como fundamento da responsabilidade civil. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). Doutrinas essenciais: responsabilidade civil. São Paulo: Ed. RT. v. 2. p. 50; e GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 4. p. 120-122.

12 Acerca do assunto, o Tribunal de Justiça de São Paulo já salientou que o que importa "é a idade do responsável pelo ato ilícito à época de sua ocorrência" sendo "de todo



irrelevante que ao tempo da propositura da ação o causador do dano já tenha completado a maioridade civil” (TJSP, AC 9096782-82.2001.8.26.0000, rel. Desembargador Franklin Nogueira, 8ª Câmara (extinto 1º TAC), j. 06.03.2002, DJ 22.3.2002). No mesmo sentido: TJSP, AC 0126979-60.2007.8.26.0002, rel. Des. Paulo Alcides, 6ª CDPriv, j. 28.09.2017, DJ 29.09.2017.

13 A doutrina explica que “requisito também da responsabilidade indireta é a menoridade do filho à época em que praticou o ato. Se os efeitos danosos do ato se verificaram posteriormente, quando o filho alcançou a plena capacidade de fato, a responsabilidade dos pais não se descaracteriza; igualmente se a sentença cível condenatória transitou em julgado já alcançada a maioridade” (NADER, Paulo. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 7. p. 162).

14 Nessa linha, o Tribunal de Justiça de São Paulo já afirmou que “a superveniência da maioridade não interfere na responsabilização dos pais pelo ilícito praticado pelo filho menor” (TJSP, AC 0003414-24.2012.8.26.0539, rel. Des. Clara Maria Araújo Xavier, 8ª CDPriv, j. 28.08.2017, DJ 28.08.2017). No mesmo sentido: TJSP, AC 0537618-64.2005.8.26.0577, rel. Des. Ricardo Feitosa, 4ª CDPub, j. 16.09.2013, DJ 20.09.2013.

15 Para Carvalho Santos, a emancipação voluntária não é capaz de afastar a responsabilidade dos pais, “pois a emancipação de um menor que se revela indigno da concessão que lhe foi outorgada é, no fim das contas, um ato inconsiderado e aos pais não se pode reconhecer o direito de exonerar-se por essa forma, da responsabilidade que a lei lhe impõe” (CARVALHO SANTOS, J. M. Código Civil brasileiro interpretado. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. v. 20. p. 216). Na mesma direção, confira-se: SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Responsabilidade civil. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 126.

16 CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. Doutrina e prática das obrigações. 4. ed. aumentada e atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1956. t. 2. p. 463.

17 CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. Doutrina e prática das obrigações. 4. ed. aumentada e atualizada por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1956. t. 2. p. 463.

18 O conceito de “melhor interesse” tem sido objeto de críticas nas mais diversas searas, ao argumento de que pode ensejar um negativo paternalismo, com a total desconsideração dos desejos e preferências do sujeito de direito em nome de quem se decide. Para crítica à expressão no âmbito da curatela da pessoa com deficiência, veja-se: KEYS, Mary. Article 12 [Equal Recognition Before the Law]. In: DELLA FINA, Valentina et al. (Ed.). The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a commentary. Switzerland: Springer International Publishing, 2017. p. 277.

19 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2004. p. 131. Sobre essa evolução, leciona Ana Carolina Brochado Teixeira: “No âmbito da família, além de se valorizar a pessoa humana, relevou-se, também, a coexistência, reforçada que foi pela preponderância da afetividade. É nessa perspectiva que se insere a autoridade parental, enquanto relação social que transcende para o âmbito jurídico. Antes preponderantemente hierárquica e patriarcal, a relação paterno/materno-filial transmuda-se para uma perspectiva dialogal, ou seja, é perpassada pela compreensão mútua e pelo diálogo, pois a criança e o adolescente – valorizados que foram como protagonistas da família – também se tornaram sujeitos ativos no âmbito da própria educação” (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autoridade parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). Manual de direito das



famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 205).

20 É o que afirmam Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues: "Entendemos, assim, que a principal missão da autoridade parental é conduzir os filhos à autonomia responsável, uma vez que a autonomia que ora defendemos que deva ser atribuída aos filhos, deve estar intrinsecamente atrelada à responsabilidade" (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Relevância da autonomia privada das crianças e adolescentes: há o direito infantil à autodeterminação? In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. O direito das famílias entre a norma e a realidade. São Paulo: Atlas, 2010. p. 57).

21 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Relevância da autonomia privada das crianças e adolescentes: há o direito infantil à autodeterminação? In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima (Coord.). O direito das famílias entre a norma e a realidade. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 55-56.

22 Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "O art. 932, I do CC ao se referir a autoridade e companhia dos pais em relação aos filhos, quis explicitar o poder familiar (a autoridade parental não se esgota na guarda), compreendendo um plexo de deveres como, proteção, cuidado, educação, informação, afeto, dentre outros, independentemente da vigilância investigativa e diária, sendo irrelevante a proximidade física no momento em que os menores venham a causar danos" (STJ, REsp 1.436.401/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 02.02.2017).

23 "A mera separação do casal, passando os filhos a residir com a mãe, não constitui, salvo em hipóteses excepcionais, fator de isenção da responsabilidade paterna pela criação e orientação da sua prole" (STJ, REsp 299.048/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª T., j. 21.06.2001, DJ 03.09.2001, p. 227). No mesmo sentido: STJ, REsp 1.074.937/MA, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 01.10.2009, DJe 19.10.2009; TJRS, 1ª Recursal Cível, RC 71001717693, rel. Des. Ricardo Torres Hermann, j. 09.10.2008, DJ 15.10.2008.

24 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 111.

25 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 6. p. 289.

26 STJ, Resp 1.232.011/SC, rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª T., j. 17.12.2015, DJe 04.02.2016.

27 TJSP, AC 9222005-35.2007.8.26.0000, rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, 6ª CDPriv., j. 26.03.2009, DJ 06.05.2009. Nessa linha, segue o Enunciado 450 do Conselho da Justiça Federal: "Considerando que a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos menores é objetiva, e não por culpa presumida, ambos os genitores, no exercício do poder familiar, são, em regra, solidariamente responsáveis por tais atos, ainda que estejam separados, ressalvado o direito de regresso em caso de culpa exclusiva de um dos genitores".

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

29 "Uma visão estritamente dogmática pode reduzir os vínculos familiares apenas aos laços ligados por aspectos biológicos ou registrares, o que, por vezes, pode engessar a família em conceitos reducionistas e predeterminados. Diante disso, a aceitação do princípio da afetividade permite a busca pela emancipação das concepções de família e



parentesco, viabilizando sua necessária contextualização. Há relações contemporâneas consubstanciadas por forte vínculo afetivo, consagradas por um afeto público, explícito, estável e duradouro, mas que não possuem vínculos biológicos ou registrais. Uma das possibilidades, que se entende a mais adequada, é a análise de tais situações a partir do princípio da afetividade, o que permitirá melhor reconhecer e tutelar estas relações” (CALDERÓN, Ricardo Lucas. Famílias: afetividade e contemporaneidade: para além dos Códigos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). Pensamento crítico do Direito Civil brasileiro. Curitiba: Juruá, 2011. p. 277-278).

30 STF, RE 898.060, rel. Min. Luiz Fux, T. Pleno, j. 22.09.2016, DJe 187 24.08.2017.

31 Nesse sentido: SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Responsabilidade civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 125.

32 Nesse sentido, afirma-se que: “Atualmente, quando a doutrina e os tribunais reconhecem a paternidade socioafetiva, desde que a relação entre padrasto ou madrasta e enteado revele características comuns ao vínculo entre pais e filhos, amor e respeito recíprocos, não temos dúvida em admitir a responsabilidade civil” (NADER, Paulo. Curso de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 7. p. 170).

33 É que a responsabilidade dos pais, como já observava Aguiar Dias, “se relaciona intimamente com o exercício do poder familiar, e deve ser julgada em função desse dever, que impõe ao seu titular obrigações de conteúdo especial, notadamente no tocante à vigilância” (DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 748). Assim, para o autor, com razão, se o menor não vive em companhia do pai porque este o abandonou, ou por qualquer motivo que mostre não ser a separação fundada em motivo legítimo, a responsabilidade do pai não se altera. Ao contrário, esses fatos até evidenciam a infração dos deveres paternos.

34 TJSP, AC 0025457-48.2011.8.26.0002, rel. Des. Neto Barbosa Ferreira, 29ª CDPriv., j. 01.02.2017, DJ 02.02.2017. No mesmo sentido: “A responsabilidade desborda do autor material do dano em razão do dever de guarda, exonerando-se do dever de indenizar se demonstrado que, efetivamente, não possui o poder de direção e o dever de vigilância” (TJRJ, AC 0004373-95.2005.8.19.0066, rel. Des. Custódio Tostes, 1ª CC, j. 10.12.2013, DJ 13.12.2013).

35 Código Civil, art. 1.637: “Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão”.

36 De acordo com Aguiar Dias, “a responsabilidade do pai pode, aliás, ser intermitente, cessando e restaurando-se conforme a delegação da vigilância, efetiva e a título de substituição, como acontece no caso de menores que frequentam estabelecimento de ensino ou de aprendizagem em geral ou mesmo trabalho” (DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 749).

37 Observa Caio Mário da Silva Pereira, todavia, que não prevalecerá a responsabilidade “se o filho menor não estiver habitando com os pais por uma razão jurídica ou um motivo legítimo: filho confiado a um terceiro, por medida de assistência educativa ou em férias com os avós, ou separação” (SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Responsabilidade civil . 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 126).

38 SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Responsabilidade civil. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 135.



39 BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 12. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1957, v. 5. p. 234. E prossegue o autor, na mesma sede: "Na verdade, nenhuma das pessoas, que têm de ressarcir o dano causado por outra, se acha na situação especial de aproximação afetiva, de dever de vigilância, de solidariedade moral e, até certo ponto, econômica, do ascendente para com o descendente. São razões essas, mais que suficientes para dar apoio sólido à exceção restritiva do Código Civil brasileiro".

40 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1984. t. 53. p. 166.

41 Serpa Lopes discordava da crítica de Pontes de Miranda, e apoiava a exceção legal: "A desvantagem que esse dispositivo possa acarretar quando haja uma diferença de nível econômico entre o patrimônio do descendente em face do ascendente, é uma circunstância excepcional que não diminui o valor do princípio geral consagrado em nosso Código" (SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. v. 5. p. 285).

42 O mesmo entendimento foi adotado pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.436.401/MG, cujo relator Ministro Luis Felipe Salomão assim se manifestou a respeito do artigo 928 e sobre sua repercussão processual: "Portanto, para correta interpretação do dispositivo, penso que a responsabilidade do incapaz será subsidiária – apenas quando os responsáveis não tiverem meios para ressarcir –, condicional e mitigada – não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF) – e equitativa –, pois a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. único e En. 449/CJF). Em outras palavras, o filho menor não é responsável solidário com seus genitores, mas subsidiário. [...] Em sendo assim, não há obrigação – nem legal, nem por força da relação jurídica (unitária) – da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz, não sendo necessária, para a eventual condenação, a presença do outro, não havendo falar em litisconsórcio passivo necessário e muito menos em nulidade do processo" (STJ, REsp 1.436.401/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 02.02.2017, DJe 16.03.2017, grifos no original).

43 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2. p. 820-821.

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

45 FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1.

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



responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade”.