

EDNA MAGDA CARVALHO DE PAULA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS
MENORES**

CURITIBA

2005

UFPR – UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
CURSO DE DIREITO

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS
MENORES

CURITIBA

2005

EDNA MAGDA CARVALHO DE PAULA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS
MENORES**

Trabalho de conclusão à coordenação do curso de
Direito da Universidade Federal do Paraná, Turma
2005.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

CURITIBA

2005


TERMO DE APROVAÇÃO

EDNA MAGDA CARVALHO DE PAULA

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS MENORES

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção de Grau de Bacharel em Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca examinadora:

Orientador:



Prof Luiz Edson Fachin



Prof Paulo Roberto Ribeiro Nalin



Prof Carlos Eduardo Pianovski

Curitiba
14/10/2005

SUMÁRIO

RESUMO	iv
INTRODUÇÃO	1
1 - NORMAS QUE SE REFEREM À RESPONSABILIDADES DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS	3
1.1 CONTEÚDO E FINALIDADE DA NORMA.....	3
1.1.1 Conteúdo.....	3
1.1.2 Finalidade.....	5
1.2 SITUAÇÃO GLOBAL DO TEMA.....	6
1.2.1 Importância do Tema na Atualidade.....	7
1.3 FONTES	10
1.4 FINALIDADE DA NORMA	12
1.5 O FILHO CARECIDO DE VIGILÂNCIA	13
1.6 CASOS SINGULARES: AS CRIANÇAS DE RUA.....	14
1.7 PESSOAS COM O DEVER DE VIGILÂNCIA.....	15
1.8 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA	16
1.8.1 Posição da Doutrina e Jurisprudência Portuguesa	16
1.8.2 Posição da Doutrina e Jurisprudência Brasileira.....	17
1.8.3 Posição da Doutrina e Jurisprudência Francesa	18
2 - RESPONSABILIDADE CIVIL	19
2.1 EXONERAÇÃO DE RESPONSABILIDADE.....	19
2.2 O ÔNUS DA PROVA OU PROVA LIBERATÓRIA DA CULPA.....	20
2.3 PRESSUPOSTOS DE APLICABILIDADE	27
2.3.1 Culpa <i>In Vigilando</i>	33
2.3.2 Culpa <i>In Educando</i>	36
2.3.3 A Coabitação	39
2.4 A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS	42

2.5 REPARAÇÃO DA LESÃO	43
2.6 CASOS ESPECIAIS DE RESPONSABILIDADE	45
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS.....	50

À minha família e amigos.

Agradecimentos

A Deus, senhor onipotente e inabalável. Amigo forte, que me proporcionou a oportunidade de realizar este sonho.

Aos meus pais Santana e Angélica de Paula que sempre foram e serão o meu porto, pela paciência, conselhos, permanente estímulo e tempo, que sempre me dedicaram.

Aos irmãos José, Paula, Eloysa, Tatiana que sempre me apoiaram nos momentos mais difíceis dessa jornada e muito contribuíram para esta grande conquista.

Ao Professor, Doutor, Luiz Edson Fachin, meu orientador, pela revisão do material e pelas idéias que tanto contribuíram para esta pesquisa.

Ao meu tio André Sango, pela coleta de matéria, pelas idéias que tornaram possíveis a realização desta importantíssima vitória.

As minhas colegas e amigas tão queridas Daniela de Angelis, Ana Elisa Pereira, Carolina Magalhães, pela amizade, incentivo, carinho e conselhos nas horas certas.

Ao meu namorado Justino Jorge dos Santos, pela paciência e por ter entendido que dias e horas não faltaram para estamos juntos.

A Universidade Federal do Paraná e à Sociedade Brasileira em geral, pelo inestimável acolhimento durante estes anos.

A todos um muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho não pressupõe, diretamente, essa relação patriarcalista entre homens e mulheres, entre maridos e esposas, entre pais e filhos, e por isso não é o caso de levar adiante a análise e a crítica dessa concepção irracional que sempre insiste em se manifestar até hoje na concepção dos papéis do homem e da mulher na família. Mas é fundamental que tenhamos começado por apontá-la, pois ela é a base para aquela outra relação que constitui, aqui, o nosso tema principal: a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores, seja objeto de pesquisa. Nessa pesquisa, estudaremos a responsabilidade civil, conhecida como indireta, da qual se diz ser responsabilidade subjetiva por culpa presumida, ora se entende ser uma responsabilidade objetiva, por lhe conferir cada vez menos o ônus probatório da culpa. Portanto, faremos uma análise mais detida nos diversos aspectos da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos seus filhos menores, esta nova realidade de diversos fatores sociais: ausência de ambos os pais do lar, provocada pela inserção da mulher no mercado de trabalho, tem levado a inúmeros casos de crianças confiadas a terceiros ou até mesmo são deixadas por sua própria conta; a independência e o amadurecimento precoce dos menores a diversões perigosas contribuem para que o número de acidentes com danos causados por menores se multiplique. Juridicamente, surge uma questão quem será responsabilizado pelos danos causados por estes incapazes, para que o lesado possa ser ressarcido.

Palavras-chave: Proteção do menor e solidariedade entre os pais.

INTRODUÇÃO

Podemos resumir a responsabilidade civil nesta frase: o lesante age e o direito reage.

À reação do direito subjaz a idéia de reparação e de reposição do que foi retirado da esfera jurídica de outrem, bem como provoca uma perda ou diminuição à pessoa ou ao seu patrimônio de ordem moral ou patrimonial.

No caso dos danos causados pelos atos dos filhos menores, a quem incumbe a responsabilidade do reequilíbrio moral e patrimonial do lesado e quais as vias para lá chegar?

“Estamos em presença de responsabilidade, por fatos ilícitos, quando a ordem jurídica coloca, como pressuposto da obrigação, reparar um dano causado a outrem com a exigência da verificação de um ato ilícito e também à possibilidade de afirmação de um nexo de imputação subjetivo do fato ao agente, ou seja, que tenha procedido com culpa. O Fundamento da responsabilidade é: “aqui há culpa”, ou se preferirmos, o juízo de reprovação que a conduta do agente suscita, verificando-se uma aproximação entre juízos de censura moral e do direito”¹.

Trata-se do caso típico de responsabilidade civil por fato de terceiro.

O Código Civil brasileiro estabelece, em seu art 932, I, que cabe aos pais apresentar reparação civil dos filhos, porém essa só será realizada quando houver autoridade e companhia para com eles.

É na presunção de que houve quebra da vigilância devida que está calcada a obrigação de reparar o dano. Conseqüentemente não poderá ser responsabilizado o genitor que, embora conservado o *pátrio poder*, não exerça a guarda. Salvo se o estiver exclusivamente sob sua responsabilidade e vigilância.

Imagina-se os casos de pais que não residem com seus filhos, em razão de ausência de matrimônio, separação judicial, divórcio, anulação ou nulidade do casamento. Somente o responsável responderá pelos danos decorrentes de ato ilícito

do filho, pois a ele cabe o dever de vigilância. Por outro lado, na vigência do casamento ou da união de fato, a responsabilidade dar-se-á a ambos de forma solidária².

Percebe-se que o artigo 932, I do Código Civil Brasileiro só poderá ser invocado quando houver a presença simultânea dos seguintes requisitos: existência de dano; nexo de causalidade entre este e um ato ilícito; prática desse ato por menor sob o pátrio poder da pessoa que se diz responsável; exercício da guarda ou vigilância imediata por essa pessoa.

Porém, se o menor for adolescente, o guardião poderá reverter a situação e se eximir da obrigação, caso prove que não houve culpa ou *in vigilando*.

¹ Síndico Jorge F. Monteiro, **Responsabilidade Civil I, Introdução**, Revista do Direito e Economia, Abril, Coimbra, 1978, p. 105.

² José Antônio De Paula Santos Neto, **Do pátrio Poder**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 181.

1 - NORMAS QUE SE REFEREM À RESPONSABILIDADE DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS

1.1 CONTEÚDO E FINALIDADE DA NORMA

1.1.1 Conteúdo

O artigo 491 tem pressupostos importantes:

O primeiro momento diz respeito a todos. A leitura poderia ser feita deste modo: “todos aqueles que *fazem por lei um* negócio jurídico são obrigados a vigiar”.

Para que este trabalho fosse executado teria que dar importância, sobretudo, aos que por lei têm a obrigação de vigiar, isto é, os pais.

O segundo momento refere-se à necessidade de vigilância por “incapacidade natural” dos *vigilandos*. “A incapacidade mais típica é a menoridade³” e, para a vertente em estudo, os filhos menores sob o exercício do poder paternal dos progenitores.

O terceiro momento é a existência de danos.

O quarto momento é a presunção de que os danos se devem à falta ou deficiência de vigilância dos que “por lei” deveriam vigiar, neste caso os progenitores.

O quinto momento é a exclusão de culpa: os pais terão sido negligentes, ou, ainda que houvesse diligência, o dano teria resultado.

Em Portugal, a doutrina é unânime em considerar que a responsabilidade subjetiva⁴ “não se trata de um caso de responsabilidade objetiva, pois o inimputável não responde, como é próprio desta modalidade de responsabilidade, pelos danos provenientes de caso fortuito ou de força maior”⁵. Já na França os estudiosos dividem-se. Uns sustentam a necessidade de culpa, e outros, a responsabilidade objetiva. Para os que afirmam que a necessidade de culpa provada da criança permite presumir a

³ Maria de Nazareth Lobato Guimarães, **Alimentos. Reforma do Código Civil**, Ordem dos Advogados, Lisboa, “A incapacidade típica, a mais extensa e mais relevante também para a sociedade é a menoridade”, 1981, p. 177.

⁴ Maria Clara Sottomayor, **A Responsabilidade dos Pais Pelos Factos Ilícitos Praticados Pelos Filhos Menores**, Coimbra, 1995, p. 454.

⁵ Maria Clara Sottomayor, ob de citação, p. 454.

culpa dos pais, é porque ela tem por fundamento culpa *in vegetando* ou *in educando*; Ora, se a criança não tem culpa, se a sua ação, ainda que danosa, é irrepreensível, não há razão alguma para presumir as ditas culpas do pai e da mãe⁶. Ao que estão contra esta posição apontam três dificuldades que a vítima enfrentará: a) a criança é inimputável, não pode ter culpa; b) a criança, apesar de adolescente, é alienada, não há juízo de reprovação; c) a criança usa um veículo e provoca um dano cuja culpa não lhe é imputável (vício, que não é passível de ser conhecida, circunstâncias do acidente não puderam ser precisadas)⁷.

Outros autores negam, terminantemente, que a culpa da criança seja uma condição para contrariar o artigo sobre responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos dos filhos menores ou inimputáveis. Neste grupo, defendem alguns que o espírito do artigo vai para além da simples culpa presumida *in vegetando* e *in educando* e que é também uma garantia aos defeitos de caráter da criança. Essa posição, porém, não explicaria a responsabilidade por danos causados por inimputável, débil mental ou crianças que manipulem objetos que se referem a um vício interno que não seja possível, quer a criança, quer os pais, conhecerem⁸. A pergunta que se coloca é: serão os pais garantidores não só dos defeitos de caráter dos filhos, mas também dos vícios e dos objetos dos quais se servem e de que as crianças são consideradas guardiãs?

Em face dessas dificuldades, a jurisprudência, que tem sempre um papel importante em dilemas doutrinários, se orientou e descartou completamente a culpa da criança, colocando o problema em dois níveis: fato pessoal e fato da coisa.

Com respeito ao fato pessoal, a jurisprudência orienta-se pelo comportamento objetivamente ilícito da *coisa* que permite exigir indenização dos pais ainda que o ato danoso não lhe possa ser subjetivamente reprovado⁹. A culpa da criança, no sentido subjetivo do termo, não é uma condição da responsabilidade dos pais: Em casos de brincadeiras infantis quando uma criança, menor de nove anos, lança um avião de

⁶ Henri Roland e Laurent Boyer, *Obligations, I Responsabilité Délictuelle*, 5ème édition, Paris, 1996, p. 409.

⁷ Idem, p. 409

⁸ Georges Dursey, *Responsabilité Civile, Obligations et contrats spéciaux*, RTD, 1975, p. 73.

⁹ Georges Dursey, *Responsabilité Civile, Obligations et Contrats Spéciaux*, 1975, p. 73.

brinquedo em uma pessoa, ferindo-a¹⁰. Alguns autores pensam que é responsabilidade do pai, considerando pouco importante a culpa do menor, pois este não cometeria um ato danoso e ilícito.

Com respeito ao fato da ocorrência, a idéia é de que há certas situações que, pelo seu caráter perigoso, (bicicletas, bonecas, pistolas de brinquedo, armas de pressão de ar, cães, gatos, não são compatíveis com a pouca idade de crianças) a responsabilidade recai sobre os pais. Isso dá vantagem à vítima dispensando-a de fazer prova de culpa, sendo que essa será passada diretamente aos pais. Por outro lado, há a certeza do recebimento de uma indenização, não podendo os pais excluir-se da responsabilidade. Surge, desde logo, uma dificuldade no que diz respeito ao objeto ser da criança quando esta já não for tão jovem. Por outro lado, aceitar a guarda do objeto e deixá-lo sob responsabilidade dos pais era retirar-lhes a possibilidade de se exonerarem da culpa.

1.1.2 Finalidade

O art 491 destina-se à defesa só de terceiros. Portanto, quem tiver filho menor sob custódia deve saber que pode causar danos por conduta antijurídica. Cabe aos progenitores, ao abrigo do art 1878, “o dever de vigiar o filho menor tendo, por isso, de usar toda a diligência de um bom pai de família”. Por conseguinte, se o menor causar dano a terceiro, presume-se que se os pais tivessem sido diligentes não teria havido resultado danoso.¹¹

Há autores que defendem que esta norma tenha a finalidade preventiva de¹²obrigar os pais a uma vigilância mais efetiva sobre os filhos.

Ficam fora do âmbito do art 491 os danos provocados ao menor por falta de vigilância dos pais e os cometidos pelo menor aos seus pais, contra a sua própria pessoa ou contra o seu patrimônio, *ipso facto*. A responsabilidade, neste caso, dos

¹⁰ Idem, 73

¹¹ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, art 491, Livraria Almedina, Coimbra.

¹² Maria Clara Sottomayor, **A responsabilidade dos Pais pelos Factos Ilícitos Praticados pelos Filhos Menores**, Coimbra, 1995, p. 414.

pais, baseia-se na violação dos deveres familiares, sendo a indenização exigida pela norma geral do art 483¹³.

Do mesmo modo, se uma criança causa dano ao seu irmão, este não é terceiro, no sentido do art 491, não podendo, por isso, exigir indenização por culpa *in vigilando*¹⁴.

Portanto, os pais são responsáveis pela reparação dos danos ilícitos contra terceiros causados pelos filhos menores sob a sua custódia. A *ratio legis* é aumentar a possibilidade do lesado receber a indenização, porque a criança não tem, em regra, patrimônio próprio suficiente para reparar o dano.

1.2 SITUAÇÃO GLOBAL DO TEMA

Todo o dano deve ser reparado. Incumbe ao causador do dano o dever de repará-lo. Esses são os princípios gerais que abrangem os atos produzidos por conduta antijurídica de menores e a conseqüente obrigação de repará-los. A responsabilidade civil conduz a idéia de que uma pessoa que pratica um fato que causa prejuízos a outro fica obrigada, por lei, a indenizar esses prejuízos¹⁵. Todavia, os menores, em virtude da sua incapacidade, estão impossibilitados de reparar os direitos absolutos de outrem, lesado por conduta antijurídica atribuível a si próprio. Como o princípio é não deixar a vítima sem reparação, a lei procura resolver a situação criada com acordos com os respectivos responsáveis em consonância com suas capacidades financeiras. A vida moderna tem o seu estilo próprio: quer de economia e quer, ainda, de educação. Assim, pai e mãe trabalham, não têm grandes fortunas, pois vivem apenas do salário de ambos. E além disso, a tremenda oferta de bens de consumo, necessários para o estilo de vida moderno, leva-lhes o salário quase todo. Por outro lado, a profissão de ambos

¹³ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, Coimbra, art 491.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Francisco Manuel Pereira Coelho, **O nexó da causalidade na responsabilidade civil**, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Suplemento IX, p.65-95.

tira-os de casa cedo e recoloca-os tarde. Por essa razão os filhos freqüentam creches, escolas, colégios ou são confiados a alguém.

A educação das crianças é um misto de conselhos, carinho e instruções dos pais, fatores primordiais para a educação que devem estar em harmonia com creches, escolas, televisão e computadores já que aprende mais rapidamente que outrora, o que é correto ou incorreto, bom ou mau. Além disso, a formação da criança se assenta em princípios de individualismo e de responsabilidade na liberdade. Exigem dos pais respeito pelo espaço, intimidade e privacidade. Entretanto, provocam, por vezes, danos a terceiros que não podem reparar. É no cumprimento de imperativos de justiça, quer para um (o lesado) quer para outros (filhos e pais) que a lei se desdobra em preceitos fundamentais, como por exemplo, no art 491, CC Português.

1.2.1 Importância do tema na atualidade

A responsabilidade dos pais¹⁶ sofreu o impacto da sociedade permissiva contemporânea¹⁷, que atinge severamente a autoridade paterna sobre os adolescentes. Aliás, nesse contexto, o pai perdeu o poder de direção da família. Numa visão muito realista, alude Tourneau¹⁸ que os tribunais tomaram consciência, numa interpretação sociológica da lei, da impossibilidade psicológica dos pais contemporâneos se oporem aos atos dos filhos.

Como referimos acima, as relações familiares sofreram, nos últimos anos, transformações radicais. Podemos dividi-las em dois âmbitos: relação entre os cônjuges e relação entre pais e filhos.¹⁹

Inicialmente faremos análise do princípio dos âmbitos dessas alterações no direito português. O Código Civil português de 1966, no que diz respeito à titularidade e ao modo de exercício do poder paternal, herdou a estrutura do Código Civil anterior.

¹⁶ Maria Clara Sottomayor, **A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores**, Coimbra, 1995, p. 403

¹⁷ Maria de Fátima Abrantes Duarte, **O poder paternal: Contributo para o estudo do seu actual regime**, p. 6, Lisboa, AAFDL, 1989.

¹⁸ Philippe le Tourneau, **La responsabilité civile**, p. 103. 3ª edição, Paris, Ed. Dalloz, 1982.

Desta forma, cabia a ambos os genitores o poder paternal, encontrando-se, no entanto, desigualmente distribuídos os poderes de exercício. O pai, como chefe de família, possuía a quase totalidade dos poderes, reduzindo o poder da mãe a uma função meramente consultiva.

Dizia o artigo 138 do Código Civil português de 1867: “As mães participam do poder paternal e devem ser ouvidas em tudo que diz respeito ao interesse dos filhos; mas é ao pai que especialmente compete durante o matrimônio como chefe de família, dirigir, representar ou defender os seus filhos menores, tanto em juízo, como fora dele”.

A imagem tradicional, em que o pai era o chefe da família e a mãe e os filhos lhe deviam obediência total tomou-se modelo de repúdio em vias de desaparecimento. O novo modelo de família baseia-se na igualdade e respeito mútuo entre os membros.

O movimento de libertação da mulher e a proteção ao menor foram, no passado, impulsionadores de mudanças e alterações no direito da família. Continuamos a atravessar período de mudanças, visto o crescimento precoce dos menores, o afastamento dos pais do lar, a violência juvenil e o afrouxamento da disciplina familiar²⁰. Há assim uma queda visível da autoridade paternal em relação aos filhos adolescentes e até mesmo crianças de tenra idade, principalmente nos grandes centros urbanos, onde o dever de vigilância dos pais foi reduzido, na maioria dos casos, a uma pura abstração legal, já que os filhos dos tempos modernos madrugam no seu direito de proceder segundo as suas normas e convicções de liberdade e autodeterminação. Salvo em raras exceções, ampla independência dos filhos é um fato inquestionável, contra o qual é inútil lutar; resta-nos apenas tentar combater os seus excessos.²¹

Na situação atual da sociedade, admitimos que a principal responsabilidade dos pais não é mais, como outrora, a vigilância, mas sim a educação dos seus filhos. Vigiar tomou-se, na prática, muito difícil de se realizar, visto que na maioria das famílias

¹⁹ Maria de Fátima Abrantes Duarte, **O poder paternal**. Contributo para o estudo do seu atual regime, p. 9, Lisboa, AAFDL, 1989.

²⁰ Antonio D'Aronco, *Responsabilità Civile di genitori, tutotri, precettori e maestri d'arte*, Udine, Roberto Vattori Editore, 1989, p.272.

²¹ Maria de Fátima Abrantes Duarte, **O poder paternal**. Contributo para o estudo do seu atual regime, p. 38, Lisboa, AAFDL, 1989.

ambos os progenitores se encontram fora de suas casas, longe da companhia de seus filhos, no intuito de trabalhar e obter proventos para sustentar o núcleo familiar.²²

A relação entre pais e filhos, que antes era baseada no temor da autoridade paternal, transformou-se em respeito mútuo. A família não é mais constituída por um chefe com poderes indiscutíveis, mas sim por membros que possuem direitos e deveres. É oferecida à juventude maior liberdade de expressão e ação, seus limites e autonomia são cada vez mais ampliados pela sociedade, dificultando assim a vigilância pelos pais de suas atividades. Deste modo, a educação, nos tempos modernos, passou a ser quase que exclusivamente a única obrigação legítima e exigível dos pais. Devemos ainda lembrar que até mesmo esta vem se transformando a cada dia em um somatório de influências, não só familiar, como oriunda da própria sociedade e Estado, através dos meios de comunicação e outras fontes²³.

Surgem, entretanto, outros aspectos mais gerais a serem analisados: relativamente ao instituto da responsabilidade civil, a crescente aproximação da responsabilidade objetiva com a superação do princípio da culpa e a necessidade de um seguro, relativamente ao direito da família, à autonomia progressiva dos menores, e à responsabilidade dos pais após o divórcio, anulação ou separação judicial.²⁴

Porém, fazendo referência a problemas concretos que serão discutidos, é pertinente fazer um breve levantamento histórico da evolução do artigo 491 do Código Civil Português, que trata da responsabilidade dos obrigados à vigilância, já que a lei não oferece um tratamento autônomo²⁵ à responsabilidade civil dos pais pelos danos causados pelos filhos menores.

²² Raymond Legeais. *La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation des dommages causés par mineur*, In "Mélanges dédiés à Gabriel Marty", Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1978, p. 775.

²³ Jeovanna Malena Viana Alves, **Responsabilidade Civil dos pais pelos atos dos filhos menores**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 07.

²⁴ Maria Clara Sottomayor, **A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores**, p. 404.

1.3 FONTES

A constituição portuguesa atribui aos pais o direito e o dever de educar e manter os filhos. A norma constitucional não oferece o dever de vigilância. Esta está inserida no seu seio porque educar é um processo misto de conselho, acompanhamento, observação, elogio, controle e censura. Aliás, não cabe à constituição desenvolver “o preceito constitucional” expressando o poder paternal, no art 1877,1878. Apesar de no art 1878 haver referência só à educação, faz sentido jurídico englobando também a vigilância como dever; não se trata apenas de *educando*, mas também de *vigilando*. *In educando* gramaticalmente no gerúndio é um processo, é algo progressivo. Educar significa aconselhar, acompanhar, observar, corrigir, controlar, censurar, explicar condutas socialmente aceitáveis e indicar as que a comunidade rejeita. O poder paternal impede apenas pessoas que não tenham alcançado a maioridade, o art 1878 do Código Civil português fixa 18 anos. É precisamente no exercício do poder paternal, mais especificamente no poder dever de vigilância, que está o fundamento da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos *culpa in vigilando*, que, como mais adiante se verá, é uma presunção *juris tantum* de que a lei se socorre²⁶.

É importante partir de uma visão histórica, para saber como este instituto se apresentou durante a evolução jurídica, favorecendo deste modo o entendimento da situação atual.

Na antiguidade não se reconhecia ao *filius familias* qualquer direito de caráter patrimonial. Todos os lucros por ele alcançados eram integrados no patrimônio do *pater familias*, podendo alterar o patrimônio deste, apenas para contribuir com a melhoria econômica. Desta forma, todos os atos em que participassem e que implicassem em qualquer diminuição do patrimônio do *pater familias* seriam nulos de pleno direito²⁷.

²⁵ Maria Clara Sottomayor. **A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores**, p. 403.

²⁶ O preceito com o mesmo conteúdo no Código da República de Angola tem uma redação expressa: “incumbe aos pais a guarda, a vigilância e o sustento dos filhos menores e a prestação de cuidados com a saúde e a educação” art 135 porque o projeto político que regeu então a elaboração do Código da Família pretendia leis inteligíveis mesmo para os não iniciados.

²⁷ Theodósio Pires Pereira da Silva, **Responsabilidade dos pais**, pág 495.

Como o *filius familias* não possuía patrimônio próprio, se praticasse ato danoso a terceiro, o credor não tinha meios para exigir-lhe o ressarcimento de prejuízo. Desta forma, a vítima poderia fazer uso da ação noxal contra quem detinha *pátria potesta*. Através desta ação, quem tinha sob sua *potesta* o *filius familias* no momento em que ocorreu o delito, deveria pagar a pena pecuniária ou entregar o *filius familia* ao credor²⁸.

O abandono noxal realizava-se mediante o *mancipium* colocando quem cometeu o delito, escravo ou filho, sob o poder do credor. No caso do escravo, supunha-se que o ofendido adquiria propriedade sobre ele. Quanto ao filho, cairia em situação parecida, tendo que trabalhar até conseguir reparar e quando conseguisse, desobrigava-se perante o lesado. Era permitido à vítima exercer a sua vingança, segundo as formas previstas em lei. Entretanto, desde o principio do período clássico obrigava-se a vítima a libertar o lesante logo que este tivesse ressarcido o dano através do seu trabalho. O abandono noxal do filho foi sendo cada vez menos praticado no baixo império. A debilidade do poder familiar, por influência das idéias gregas e cristãs, levou Justiniano a acabar por revogá-lo, dispondo que a ação penal deveria ser proposta diretamente contra o *filius familias*. Mais tarde, com a abolição da escravatura, desapareceria.

Atualmente, o *pátrio poder* transformou-se mais no sentido de um dever exercido mediante um poder regulamentado para garantir o bem-estar e a formação dos filhos. Na verdade passou a constituir uma autêntica carta de direito dos filhos²⁹.

Quanto ao direito alemão, que viria a influenciar o artigo 491 do Código Civil português, consagra uma responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem em virtude da menoridade ou estado físico e/ou mental do vigilando, por força da lei ou contrato. O direito alemão dispensa bastante interesse, por isso a ele, em breve, regressaremos.

²⁸ Munir Karan, **Responsabilidade Civil pelo fato do filho**, In “Enciclopédia Saraiva do Direito”, Vol 65, São Paulo, 1977, p 394.

²⁹ Theodósio Pires Pereira da Silva, **Responsabilidade dos pais**, “in Revista Forense”, Vol 285, ano 80, Rio de Janeiro, 1984, p. 496.

1.4 FINALIDADE DA NORMA

Em certos momentos da vida, os menores têm ações antijurídicas que trazem danos a terceiros; muitas das vezes não têm sequer mesada para cobrir a indenização do fato danoso, o que torna periclitante a situação do lesado por falta de reparação do prejuízo na sua esfera jurídica. Daí que, sendo os pais detentores do poder patriarcal, cabe a eles o dever de vigilância. Justifica-se assim, que a lei atribua aos pais a obrigação de indenizar³⁰.

O artigo 491 diz que “as pessoas que, por lei forem obrigadas a vigiar outras, por motivo de incapacidade destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiros”. Entendidos de outra forma, os pais representam, em virtude do preceituado no art 1878, as pessoas que por lei são obrigadas a vigiar os filhos menores. Há aqui, portanto, uma presunção *juris tantum*. A lei exige que exista um fato ilícito e ele que seja imputável ao menor e sejam decorrentes da falta de vigilância dos pais³¹.

Na Alemanha, a disposição feita sobre responsabilidade civil dos pais é estruturalmente diferente da portuguesa, mas tem exatamente o mesmo conteúdo, embora pareça menos abstrata. As legislações angolanas (Código Civil de 1966), francesa e espanhola seguem todas elas o princípio da culpa presumida.

Põe-se, entretanto, a questão a ser discutida em relação à responsabilidade por culpa própria ou do menor. Vaz Serra entende que se trata de responsabilidade por culpa própria. Os pais respondem por incumprimento ao dever de vigilância. Na mesma linha, a doutrina espanhola *‘la responsabilidad por hecho próprio e subjectivo’*³².

Enquanto a disposição do art 1878 do Código Civil visa a proteger apenas os interesses da criança e também os de terceiro, mas fundamentalmente os da criança, o art 491, pelo contrário, visa a proteger apenas os interesses de terceiro. Segundo a

³⁰ O preceito com o mesmo conteúdo no Código da República de Angola tem uma redação expressa:

“Incumbe aos pais a guarda, a *vigilância* e o sustento dos filhos menores e a prestação de cuidados com a sua saúde e educação” art 135 porque o projeto político que regeu então a elaboração do Código da Família pretendia leis inteligíveis mesmo para os não iniciados.

³¹ Adriano Vaz Serra, **Responsabilidade das pessoas obrigadas á vigilância**, Boletim do Ministério da Justiça n° 85, Abril 1959, p. 384.

³² Esther Gómez Calle, **La responsabilidad Civil de los padres**, Madrid, 1992.

doutrina tradicional o dano aparece por falta ou insuficiência de vigilância; assim, não poderia o filho menor exigir responsabilidade dos pais através do preceito 491, mas sim por violação das normas do Direito da Família, nomeadamente o art 1878 em ligação com o art 483 n.º1³³. O papel da norma não é o de fundamento legal do dever de reparar, mas sim o de causa da sua exclusão.

1.5 O FILHO CARECIDO DE VIGILÂNCIA

Do zero aos 18 anos a criança está provida de incapacidade³⁴. A lei supre essa incapacidade, em regra, através do poder paternal. Este, como foi visto, inclui a obrigação de vigilância em relação aos filhos menores. O poder paternal é exercido pelos pais no interesse dos filhos.

O ser humano é o animal que mais depende dos pais por períodos mais longos; essa dependência é necessária para uma sobrevivência sadia que não é só física, mas também moral. Ela é gradativa; à medida que vai crescendo vai ganhando consciência; de comportamentos socialmente aceites e socialmente rejeitados. A jurisprudência e a doutrina alemãs defendem que as exigências aos filhos devem guiar-se tanto pela idade e compreensão da criança, quanto pelas possibilidades concretas dos pais aconselhando que, por um lado, a maior intensidade de vigilância e, por outro lado, devam ser levadas em consideração os limites de vigilância de um filho de quase 18 anos.

Tal como na Alemanha, embora do conteúdo do art. 36 da constituição portuguesa não resulte algum direito fundamental para a criança, os progenitores estão limitados no exercício do poder paternal, pelos direitos fundamentais do menor, principalmente pelos direitos de personalidade da criança. Os limites sugeridos pela doutrina são um dos fins do poder paternal, a capacidade da autodeterminação do menor. O que significa dizer que à medida que aumenta o discernimento e a capacidade de autodeterminação diminui numa relação inversa à função de vigilância.

³³ António Paes de Sousa e Carlos Oliveira Martins, **Incapacidade de Menores, interditos e inabilitados**, p. 214.

³⁵ Art 371/2 Gerárd Comu, **Droit Civil de Famille**, 4ª edition, Montchrestien, Paris, 1994.

A vigilância dos pais impede a criança de colocar em risco a si própria e de pôr em risco terceiros. Por outro lado, a vigilância em relação à criança assume a função complementar “negativa-proibitiva” dirigida a uma educação positivamente orientada. É, portanto, ao mesmo tempo, tarefa de educação e determinada pelo desenvolvimento da criança e pela finalidade educativa.

Ainda na doutrina e jurisprudência alemãs, entendem que o grau de controle a exercer guia-se pela idade, capacidade de compreensão e consciência de responsabilidade da criança e que, por isso, deve - se ter em conta a educação da criança para a auto-responsabilidade. Além disso, o afastamento excessivo dos perigos *overprotection*, é tão prejudicial como a vigilância excessiva. Para Gernhüber a custódia paternal devia ser, em primeira linha, um direito de orientação e depois ir-se transformando progressivamente num direito de fiscalização suave.

Um exemplo dado como direito de fiscalização seria a vigilância sobre o cumprimento dos deveres legais públicos, por exemplo, a frequência escolar. Similar a essa é a doutrina francesa. A legislação francesa que substitui a expressão *puissance paternelle por autorité* parental tem a mensagem seguinte: *a autoridade paternal cabe ao pai e mãe para proteger o menor.*³⁵ O poder dever de vigilância “implique, une initiative, une vigilance, une attention, une diligence, un éveil qui se appliquent aussi bien á la securité, qu’á la moralité de l’enfant”³⁶.

1.6 CASOS SINGULARES: AS CRIANÇAS DE RUA

Em alguns países, devido à guerra, grandes quantidades de criança deslocam-se sem os pais ou familiares. Chegadas às cidades ficam entregues a si próprias, são absorvidas pela rua com todos os males e influências negativas. Põe-se à questão de autoridade paternal, porque os pais estão impedidos de exercê-la, quer por morte ou pela distância. Pela imensa quantidade não é possível o tribunal nomear-lhes tutores (é uma situação excepcional). Se essas crianças cometerem danos ou delitos, a quem atribuir responsabilidade?

³⁶ Gerard Cornu, *Droit Civil de Famille*, 4^a edição, Montchrestien, Paris, 1994, p. 132.

Aceitar que a função do estado é atribuir a estas o poder paternal, é admitir a culpa presumida do estado, o que por lei não é possível, pois o estado não está obrigado à vigilância, não detém o exercício do poder paternal. Qual seria a saída?

1.7 PESSOAS COM O DEVER DE VIGILÂNCIA

Por lei, art 1878, os pais estão obrigados a vigiar em virtude de exercício do poder paternal, que é um direito absoluto. Entre outros, o exercício do poder paternal impõe aos progenitores o dever de guarda. Em princípio, os pais terão de ter o filho em seu convívio, isto é, no mesmo espaço de habitação. Se o filho fugir de casa, ainda que por maus tratos, presume-se a responsabilidade dos pais quando, por um lado são imperativamente obrigados a coabitar com a criança; por outro é culpa deles se o filho fugir de casa.

Todavia, não há responsabilidade dos pais quando o menor for passar férias, confiado à vigilância de outrem³⁷. Do mesmo modo, se o menor habitar noutra localidade subsiste a responsabilidade dos pais um vez que é por vontade própria que o filho não tem vigilância alguma³⁸.

Outra seria, porém a solução nos casos freqüentes em Angola em que, muitas vezes, os filhos têm a permissão de passar um fim de semana ou mesmo um curto período de férias, com primos, em casa de tios. Entende-se que subsiste a responsabilidade dos pais por todos os fatos ilícitos dos filhos, uma vez que a presença dos filhos noutra casa difere da habitação paterna. Isso dá-se à hospitalidade africana e à total solidariedade familiar na qual não há um dever de vigiar por lei ou negócio jurídico. Não significa que os adultos, lá, não mantenham vigilância, mas fazem-na por uma razão familiar e cívica, que me parece, não condiz com outras.

Outro caso é o serviço militar prestado por menores. Entende-se que não pode ser atribuída responsabilidade aos pais por danos provocados por conduta antijurídica

³⁷ Vaz Serra, Obrigação de Indenizar. Direito de Abstenção e de Remoção, in Boletim do Ministério da Justiça nº 84, março, de 1959.

³⁸ Vaz Serra, ob, cit.

dos filhos³⁹. Alias, num caso destes, a criança está subtraída do poder paternal. Mas supondo que o pai é um chefe militar e incorpora o filho menor, aí sim, é responsável por todos os fatos ilícitos causados a terceiros pelo filho, o que de resto não seria difícil de provocar pela cascata de leis violadas, não só as nacionais como as internacionais.

No que diz respeito ao padrasto ou madrasta, entende-se que não há lugar para presunção de responsabilidade, pois, o fundamento desta é o dever de vigilância que é apenas atributo de quem tem o exercício do poder paternal e ou negócio jurídico nesse sentido. No caso da maioria das legislações similares o exercício do poder paternal por terceira pessoa tem um caráter excepcional e neste caso só o tribunal poderia atribuí-lo.

Contudo, autores afirmam que tais termos são por si mesmo ambíguos porque a interpretação poderia admitir casos de força maior, fato de um terceiro, e que a tese que prevaleceu foi a de provar que os pais exerceram uma “vigilância diligente” e que deram ao filho uma boa educação⁴⁰. Esta explicação não é partilhada mesmo na França: a presunção legal poderia ser contestada demonstrando que os pais devido à idade e hábitos da criança não poderiam de modo razoável impedir o filho menor de infringir⁴¹.

1.8. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

1.8.1 Posição da Doutrina e Jurisprudência Portuguesa

Autores portugueses defendem que a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores é uma responsabilidade subjetiva⁴². O aspecto base é o de que no entendimento do art 491 “a responsabilidade das pessoas em questão não é, em rigor, uma responsabilidade por fato de outrem, mas por fato próprio, pois se funda na culpa “*in vigilância*”, isto é, um fato do responsável⁴³. Este é um caso oposto ao da responsabilidade pelos atos praticados pelo comissário que são os que se tem em

³⁹ Vaz Serra, ob, cit.

⁴⁰ Laurent e Henri Boyer, *Obligations I. Responsabilité Délictuelle*, 5^a edição, Paris, p. 399.

⁴¹ Gerard Cornu, *Droit civil, La famille*, 4^a edition, Montcherestien, Paris, 1994.

⁴² Vaz Serra, *Responsabilidade de Pessoas Obrigadas à Vigilância*, BMJ, nº 85, p. 398

⁴³ Idem p. 398

mente quando uma pessoa suporta os prejuízos de fato que lhe não é responsável (responsabilidade objetiva)⁴⁴. Por outro lado, há uma prescrição que impõe aos pais o dever em que se fundamenta a presunção de culpabilidade dos pais. Contudo, no que diz respeito aos adolescentes a jurisprudência é severa para com os pais porque se exige deles um comportamento quase como todos os adultos e por se considerar que a culpa dos pais não é tanto na vigilância física, mas na educação⁴⁵. Nesta questão estão em causa duas exigências opostas, por um lado, a exigência de reparação de danos para proteger a vítima e por outro a exigência de respeito à autonomia do adolescente na época atual “em que os filhos atingem cada vez mais cedo espaços de autonomia em relação aos pais, é praticamente impossível para estes vigiarem todos os passos dos filhos, imporem proibições de freqüentarem determinados lugares ou a obrigação de se absterem de certas condutas”⁴⁶.

Partindo do direito constituído, a responsabilidade dos pais é responsabilidade objetiva. Mas evoluiu, tal como evoluiu a finalidade do exercício do poder paternal que é, primeiro, exercido no interesse dos filhos e segundo, obriga a um espaço cada vez maior de autonomia à medida que estes vão crescendo. Assim, encaminha-se para uma certa objetivação tornando-se hoje mais voltada para uma garantia em face de terceiros⁴⁷.

1.8.2 Posição da Doutrina e Jurisprudência Brasileira

Para alguns autores brasileiros a responsabilidade civil é dividida em direta e indireta⁴⁸, sendo aquela a geral, a correspondência ao *casum sentit dominus* responsabilidade pelo ato próprio. A indireta seria a responsabilidade por ato de outrem, de terceiro. Contudo, exigindo que o autor do ato esteja ligado por algum vínculo

⁴⁴ Fernando Pessoa Jorge, **Ensaio sobre Pressupostos da Responsabilidade Civil**, Coimbra 1995, p. 36.

⁴⁵ Maria Clara Sottomayor, **A Responsabilidade Civil dos Pais Pelos Factos Ilícitos Praticados Pelos Filhos Menores**, 1995, Coimbra, p. 454.

⁴⁶ Maria Clara Sotto Mayor, ob. cit. p. 454.

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Sergio Cavalieri Filho, **Programa de Responsabilidade Civil**, Malheiros Editores, Brasil 1996.

jurídico a quem incumbir um dever de guarda, de vigilância ou de custódia⁴⁹. Porém, para a doutrina brasileira “a responsabilidade por fato de outrem não representa derrogação do princípio da personalidade da culpa, porque o responsável é legalmente considerado em culpa pelos menos em razão de imprudência ou negligência expressa na falta de vigilância sobre o agente do dano”. Na verdade, a responsabilidade por ato de outrem não é senão por ato próprio omissivo porque com a falta de vigilância terá sempre concorrido para o dano: o ato do autor material do dano é apenas causa imediata, sendo a omissão daquele que tem o dever de guarda ou vigilância a causa mediata, que nem por isso deixa de ser eficiente⁵⁰.

1.8.3 Posição da Doutrina e Jurisprudência Francesa

A doutrina Francesa mantém-se dividida embora sejam cada vez maiores as vozes que insistem na responsabilidade objetiva.

Além de autores franceses, como Henri Roland e Laurent Boyer que dizem: “o que a lei exige para condenar o pai é a responsabilidade da criança, mas não a responsabilidade por culpa da criança”⁵¹. Também Esther Gómez Calle comenta a respeito do § 832 BGB: “neste sentido o BGB qualificou-se como preceito favorável ao queixoso, enquanto no seu entendimento literal, parecia distribuir o ônus de modo muito vantajoso para ele: basta que prove que lhe foi infringido um dano por menor de idade e que aqueles de que se queixam estavam obrigados a vigiar, para que, a partir desse momento os pais devem responder”.

⁴⁹ Sérgio Cavalieri Filho, **Programa de Responsabilidade Civil**, Malheiros Editores, Brasil, 1996.

⁵⁰ Fernando Pessoa Jorge, **Ensaio sobre os pressupostos da Responsabilidade Civil**, Reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra. na mesma linha diz: “pode, porém, suceder como se notou já, que uma pessoa venha a suportar os prejuízos de um ato que não é imputável, de um ato pelo qual não é responsável no primeiro sentido. Fala-se ainda aí da responsabilidade, sendo corrente denominá-la responsabilidade objetiva, para mostrar que não se trata de responsabilidade baseada na imputação moral do ato ao agente.

⁵¹ Henri Roland e Laurent Boyer **Obligations, I. Responsabilité délictuelle, 5ème édition**, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1996, p. 414.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 EXONERAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Para desencadear o art. 34, Antunes Varela diz que: sendo a culpa do lesante um elemento constitutivo do direito à indenização, incumbe ao lesado, fazer prova dela nos termos gerais de repartição legal do ônus probatório⁵². Esta é a norma geral. Mas, em múltiplas situações, o lesado poderia ficar sem reparação, especialmente quando sofresse danos causados por menores, pois estes são em regra insolventes. O legislador criou uma norma que tornasse os pais responsáveis pelos atos dos filhos ainda em menoridade. Com isso, a doutrina em regra geral, sublinha a oportunidade e a persistência desta construção legislativa. É dada à vítima a vantagem de uma prova simplificada e de um devedor solvente. A sociedade encontra aí a garantia de que as crianças serão vigiadas com maior atenção. O jurista enfim, vê nisso um remédio da irresponsabilidade dos menores desprovidos de discernimento⁵³. Em outras palavras, a inversão do ônus da prova mostra-se desejável, porque os pais conhecem melhor os filhos a seu cuidado do que o lesado e também cria um efeito preventivo “obrigando os obrigados” a prestarem mais atenção ao comportamento dos seus filhos. A presunção de culpa deles é uma segurança para terceiros⁵⁴.

À medida que a criança se aproxima da maioridade adquire mais independência, os pais vão perdendo a sua autoridade e resulta uma maior indulgência. Desde logo, não se trata de uma vigilância contínua nem de controle regular; ela não é, em geral, necessária e, no caso do menor, não está em consonância com os fins da educação para a autonomia⁵⁵. No caso da criança de determinada idade que, em regra, regressa sozinha da escola, é em geral suficiente que os pais os instruem sobre o comportamento perante ao tráfego, mas não são obrigados a perguntar aos filhos cada

⁵² Antunes varela, Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância, in “ Boletim do Ministério da Justiça, nº 85, Abril 1959.

⁵³ Pierre- Dominique Ollier, In Responsabilité Civile des Père et Mère, p. 14.

⁵⁴ Gérard Cornu, Droit Civil, La Famille, 4ª edição, Montchrestien, Paris, p. 140.

⁵⁵ Henri Roland, Laurent Boyer, *Obligations, I. Responsabilité délictuelle*, 5ème édition, Librairie de la Cour de Cassation, Paris, 1996, p. 417.

vez que regressem da escola como se portaram. É muito mais papel dos pais instruir o carecido de vigilância sobre o comportamento correto perante o trânsito, a periculosidade de certos objetos ou sua inacessibilidade. Pô-los de sobreaviso sobre determinadas situação suscetíveis a acontecer. (a jurisprudência é mais severa com atividades lúdicas do que com atividades laborais).

É importante para a formação da autonomia da criança que os progenitores tolerem em certas situações e sejam intransigentes, noutras, no que diz respeito às atividades dos filhos. Devem, por exemplo, permitir que crianças de cinco e seis anos brinquem no passeio, mas, pelo contrário, proibir com toda a severidade que brinquem na estrada, ficando os pais obrigados a vigiar o cumprimento dessa proibição. Do mesmo modo, os progenitores podem deixar os filhos em idade escolar, que tenham sido suficientemente instruídos, irem à escola sozinho, ainda que tenham de atravessar a rua. São, contudo obrigados a lembrá-los dos perigos do trânsito e a acompanhá-los no primeiro ano escolar para que nessa ocasião os ensinem a atravessar corretamente a rua e a chamar-lhes a atenção para os locais perigosos.

É também tarefa dos pais instruir os filhos sobre brinquedos perigosos, armas de fogo e outros objetos perigosos.

No que diz respeito aos “adolescentes”, carteira de habilitação legalmente obtidas não retiram a obrigação de vigilância, quanto à velocidade, consumo de álcool e prudência em geral.

É preciso ter em consideração o estado dos costumes, isto é, os adolescentes viverem segundo o seu tempo: deixá-los ir a uma festa, a um cinema, sob pena de parecer um pai tirano e causar os piores traumatismos psíquicos ao menor⁵⁶.

2.2 O ÔNUS DA PROVA OU PROVA LIBERATÓRIA DA CULPA

Visto que a lei presume que, em caso de dano à terceiro, os pais sejam responsáveis, o lesado terá de provar o nexos de causalidade entre o dano e o fato do agente. Terá de fazer prova de que a conduta antijurídica do carecido de vigilância foi a

⁵⁶ Henri Roland e Laurent Boyer, ob, cit.

causa do dano. Não precisa provar que os pais faltaram ao dever de vigilância. Eles é que precisam provar que se comportaram de uma maneira prudente, que foram diligentes; que no caso concreto cumpriram com as medidas exigíveis ou ainda que se as tivessem cumprido o dano não ocorreria. Deverão, pois, os pais provar que tendo em consideração a idade, a maturidade, o grau de desenvolvimento, o comportamento psíquico e a condição física, foram diligentes. Por outro lado, poderão demonstrar que o filho teve um comportamento correto.

Também é necessário levar em conta as possibilidades razoáveis que estejam à disposição do obrigado à vigilância para evitar o dano a terceiro. Os pais poderão demonstrar que devido à idade e aos hábitos da criança não poderiam, de modo razoável, impedir o filho menor de infringir.

Por ser a responsabilidade do art 491 uma responsabilidade agravada, a abertura à liberação de culpa é maior. Assim admite a lei a exoneração de culpa em circunstâncias tais que, ainda que não tivesse havido uma vigilância diligente o dano se produziria (relevância objetiva da causa virtual)⁵⁷. É o que acontece, a mero título de exemplo, quando duas crianças de oito anos brincam junto a um muro visivelmente arruinado e uma delas inadvertidamente pressiona com um único dedo e o muro cai ferindo o seu companheiro. Os pais da segunda criança exigem reparação alegando que o dano na pessoa do filho se deve à omissão dos progenitores, ao dever de vigilância do primeiro menor. O dono do muro (também terceiro) usando o mesmo argumento exige reparação do muro. No primeiro caso, seguindo a direção habitual da jurisprudência, os pais da vítima têm fortes hipóteses de sucesso. No segundo caso os pais do lesante não teriam dificuldade em afastar a presunção de culpa demonstrando que para a queda do muro concorreram circunstâncias fortuitas ou excepcionais, pois uma simples pressão do dedo de uma criança não é causa adequada para fazer um muro esboroar-se. Naquele momento, uma bola, uma tempestade poderiam ter derrubado o muro.

No tocante à responsabilidade dos obrigados à vigilância de outrem, o legislador introduziu um desvio ao regime legal da responsabilidade extracontratual em geral, no

qual se exige que seja a vítima a provar a culpa do lesante, como podemos depreender do artigo 487 do Código Civil português. Ao inverter o ônus da prova na responsabilidade civil dos pais, impediu o legislador a atitude passiva do réu, não lhe bastando simplesmente esperar que o lesado prove a sua culpa⁵⁸.

Diz Antunes Varela, que sendo a culpa do lesante um elemento constitutivo do direito à indenização, incumbe ao lesado, como credor, fazer prova dela, nos termos gerais da repartição legal do ônus probatório (art 342, I). Regra oposta vigora para o caso da responsabilidade contratual (art 799, I) em que o fato constitutivo do direito de indenização é o não cumprimento da obrigação, funcionando a falta de culpa como uma exceção, em certos termos oponíveis pelo devedor. Ao afirmar o princípio segundo o qual, na responsabilidade delitual, é o lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, artigo 487, I, ressalva, todavia, os casos em que haja presunção legal de culpa⁵⁹.

A presunção de culpa contém, simultaneamente, uma presunção de causalidade, tendo em consideração que a causa do dano será o não cumprimento, por parte dos pais, do seu dever de vigilância. Com base no artigo 342 do Código Civil português, “aquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos legado”. Pelo exposto, caberia ao lesado a prova da causalidade entre o fato e o dano, já que este trata de um fato constitutivo do direito do autor. Esta afirmação, entretanto esvazia a presunção do estabelecido no artigo 49, pois obrigaria o lesado a provar o nexo causal entre a culpa dos pais e o dano, sendo equivalente a exigir-lhe a prova de culpa. Assim, caberá ao abrigado a vigilância o ônus da prova de não existência do nexo causal⁶⁰.

Serpa Lopes⁶¹ comenta que a presunção *iuris tantum*, inclusa no artigo 932⁶² do novo Código Civil brasileiro, é suscetível de ser ilidida pelos pais, a quem incumbe a

⁵⁷ Francisco Pereira Coelho, **O problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil**, Coimbra Editora, 1995.

⁵⁸ Maria Clara Sottomayor, **A responsabilidade civil dos pais pelos fatos ilícitos praticados pelos filhos menores**, 1995, p. 411.

⁵⁹ Antunes Varela, **Das Obrigações em geral**, vol II, p. 550.

⁶⁰ Maria Clara Sottomayor, **a responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores**, 1995, p. 411

⁶¹ Serpa Lopes, **Curso de direito Civil**, p. 272.

⁶² Diz o artigo 932 do Novo Código Civil brasileiro: “São também responsáveis pela reparação civil: I) os pais, pelos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II) o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem na mesma condição; III) o empregador ou comitente, por seus empregos, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em

prova de sua exclusão, atraindo, por seu turno, uma presunção de causalidade. Esta relação causal não existe senão entre a culpa da pessoa a cargo de quem a responsabilidade é imposta e o prejuízo, jamais estabelecendo entre este e o fato da situação. Sejam quais forem as circunstâncias, a vítima é obrigada a demonstrar a existência da relação casual entre o prejuízo por ela sofrido e o fato do menor, cujo ônus da prova encerra-se aí. Conclui Serpa Lopes afirmando que a gravidade será calculada, não conforme a gravidade da culpa do menor, mas sim pela culpa do seu responsável.

Esta inversão do ônus de provar a culpa do demandado, o colocaria em uma situação prática de difícil defesa, por ignorar a relação entre os pais e o menor na sua vida familiar. Esta é sempre uma questão de conflito entre os direitos da vítima e direito do autor do dano. Neste caso o legislador optou pela proteção do interesse da vítima, que é considerado mais importante que o interesse do autor material do dano e das pessoas obrigadas a vigiá-lo. É uma técnica de hierarquização de interesses através da presunção de culpa feita em benefício da vítima⁶³.

Explica-se ainda a presunção de culpa por razões de justiça, já que os danos causados pelos menores devem-se à falta de vigilância adequada por parte das pessoas obrigadas a vigiá-los, não devendo, assim, a vítima suportar, como um fatalismo, os danos causados por outrem. Quem causa o dano é que deverá suportar o princípio de que não há responsabilidade sem culpa. Foram criadas pelo legislador a presunção de culpa *in vigilando* e, em doutrinas estrangeiras, também a presunção de culpa *in educando* e *in eligendo*, observando assim as exceções à responsabilidade subjetiva⁶⁴.

No direito brasileiro, importa esclarecer que a responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores sofreu alterações desde a edição do antigo

razões dele; VI) os donos de hotéis, hospedeiras, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V) os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia”.

⁶³ Maria Clara Sottomayor, **A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores**, 1995, Coimbra, p. 412.

⁶⁴ Neste sentido, Orlando Gomes, **Culpa e risco**, in Revista Forense, Vol LXXXIII, ano XXXVII, Rio de Janeiro, 1940, p. 382.

Código Civil brasileiro de 1916. Dizia o artigo 1523⁶⁵ desse diploma que os pais somente responderiam pelo ato do filho, quando ficasse provada a culpa ou negligência daqueles que possuíam a guarda e vigilância destes e se fosse demonstrado que o ato praticado pelo menor não havia decorrido da omissão de seus pais no dever de vigilância, portanto estavam estes exonerados da sua responsabilidade. Todavia, com o advento do antigo Código de Menores, instituído pelo decreto nº 17.9433-a, de 12 de outubro de 1927, a sistemática adaptada pelo Código Civil sofreu significativas alterações, na medida em que o §4º do artigo 68 do Decreto, criou uma presunção de culpa dos pais pelos atos realizados pelo filho. Com efeito, dispõe o citado artigo: “São responsáveis pela reparação do dano civil causado pelo menor, os pais ou a pessoa a quem incumbia legalmente a sua vigilância, salvo se provar que não houve de sua parte culpa ou negligência”.

Assim, a sistemática anterior foi alterada, determinado-se, em decorrência da presunção *juris tantum* criada pelo Decreto, a inversão do ônus da prova que anteriormente cabia à vítima.

Desta forma, surgiu um vazio na lei sobre o tema, levando-se em consideração não ter a revogação do Código de Menores de 1927 restabelecido a vigência do artigo 1953º ou 933 do Código Civil brasileiro atual com as suas efetivas mudanças, visto que a lei revogada não se restabelece por ter a lei revogada perdido vigência, ante o dispositivo na Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 2º, §3. Nessa situação, entendeu a doutrina majoritária que a matéria passou a ser regulada pelo artigo 932⁶⁶ do Código Civil brasileiro de 2002, segundo o qual a responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos menores é objetiva, não existindo mais presunção de culpa. Orientando-se que se deveria seguir em relação aos filhos menores o mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal na sua súmula 341, que ao intérprete o artigo 933 do mesmo

⁶⁵ Artigo 1523 do Código Civil brasileiro de 1916: excetuadas as do artigo 1521º, V, só serão responsáveis às pessoas enumeradas nesse artigo 1522º, provando-se que elas concorrem para o dano por culpa, ou negligência de sua parte. Mas em consequência das mudanças no Código Civil brasileiro, é importante vermos o artigo 933, do Código Civil de 2002. Que diz: as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo 932

⁶⁶ Ver artigo, Código Civil brasileiro de 2002.

diploma decidiu que a lei presume a culpa objetiva do patrão ou comitente pelo ato de seu empregado ou preposto.

Por fim, segundo a doutrina, a presunção de culpa visa também a uma finalidade preventiva. Servirá como uma forma de prevenir o dano, evitando o acidente, já que conduzirá a um reforço da vigilância por parte dos pais no interesse de terceiros e do próprio menor.⁶⁷ O código Napoleônico, que tanto influenciou a legislação europeia, fundamentava esta presunção na conciliação entre o princípio da autoridade dos pais, a incapacidade do menor e a culpa como critério da responsabilidade. Deste modo, a responsabilidade dos pais tinha como objetivo puni-los por defeitos no exercício do poder paternal, entre eles, a educação e a vigilância do menor⁶⁸.

Esta presunção aumenta inevitavelmente os casos de responsabilidade civil deste tipo, tendo em vista que se tornou mais fácil para a vítima obter o ressarcimento do dano. Entretanto, para que ela surja é necessário a existência de uma obrigação de vigilância a cargo de uma pessoa, a prática de um fato ilícito por parte de outra que possua incapacidade natural, e a produção de um dano em relação a um terceiro⁶⁹.

Na atualidade, a responsabilidade civil dos pais perde seu caráter sancionatório, para assumir uma função reparatória de danos. A presunção de culpa deixa de significar apenas uma mera inversão do ônus da prova, passando a ser uma opção clara a favor da tutela do interesse da vítima, enquadrada dentro do princípio da responsabilidade desta categoria de interessados⁷⁰.

Afirma Vaz Serra que o artigo 2047 do Códice Civile italiano, na sua alínea 1⁷¹, não prevê um caso de responsabilidade por outrem, mas por ato próprio, consistindo na falta de vigilância ou educação devida, embora com inversão do encargo da prova da culpa, que se presume. Esta presunção explica-se por ser improvável que as pessoas

⁶⁷ Vaz Serra, **Responsabilidade de pessoas obrigadas à vigilância**, Boletim do Ministério da Justiça, 1959, p. 396.

⁶⁸ Maria Clara Sottomayor, **A responsabilidade Civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores**, 1995, Coimbra, p. 414.

⁶⁹ Maria Clara Sottomayor, **A responsabilidade Civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores**, 1995, Coimbra, p. 414.

⁷⁰ Maria Clara Sottomayor, **A responsabilidade Civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores**, 1995, Coimbra, p. 415.

obrigadas à vigilância não tenham podido exercê-la eficazmente e pelo fato dos incapazes poderem facilmente causar danos. Tal presunção de culpa poderá contribuir para levar a um reforço da vigilância, no interesse de terceiros e do próprio responsável, e que as pessoas obrigadas à vigilância estão em melhores condições que o prejudicado para fornecer a prova respeitante à culpa⁷².

Assim, a presunção de culpa foi utilizada pelo legislador para acautelar o direito de indenização do prejuízo sofrido pela vítima, contra a irresponsabilidade ou falta de solvabilidade do autor material do dano, e para estimular o cumprimento dos deveres dos pais⁷³. Ao ofendido, para que fique estabelecida a presunção *iuris tantum* de culpa *in vigilando*, bastará provar o vínculo de subordinação entre filho causador do dano e o titular do dever de vigilância, além de ter o menor cometido um ato ilícito.

De acordo com Galvão Telles: “Os citados preceitos dos artigos 491, 492, 493 pertencem ao sector da responsabilidade extra-obrigacional por atos ilícitos. Nesse sector, ao contrário do que acontece na responsabilidade obrigacional (artigo 799), a culpa do lesante não se presume, em principio. Ao lesado, como regra, incumbe provar que o lesante procedeu culposamente (artigo 487, I)⁷⁴”.

Desta forma, a presunção de culpa agrava ainda mais a responsabilidade dos genitores, ficando estes submetidos a regime mais severo do que o aplicável à generalidade dos autores de atos ilícitos extra-obrigacionais. Ocorrendo uma hipótese prevista nos mencionados artigos, é o agente quem tem de provar que não houve culpa da sua parte, podendo acontecer que tenha sido, se fato, diligente e que não logre demonstrá-lo. Para atenuar este maior rigorismo, excepcional no setor da responsabilidade civil em que aludidas hipóteses se inserem, a lei admite que o lesante se exima de responsabilidade provando que os danos se teriam produzido mesmo que não lhes tivesse dado causa⁷⁵.

⁷¹ Artigo 2047 do Codice Civile italiano: Danno cagionato dall'incapace- In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell' incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto.

⁷² Vaz Serra, **Responsabilidade de pessoas obrigadas à vigilância**, p. 387.

⁷³ Vaz Serra, **Responsabilidade de pessoas obrigadas à vigilância**, p. 396; Antônio Paes de Sousa e Carlos Frias de Oliveira Matias, ob. cit, p. 196.

⁷⁴ Inocêncio Galvão Telles, **Direito das obrigações**, p. 420.

⁷⁵ Antunes Varela, **Das obrigações em geral**, p. 551.

Orlando Gomes adverte: “Foi através dessa inversão do ônus da prova que a teoria objetiva da responsabilidade se introduziu no Direito Civil. Quando começou a exigir que a prova da culpa não fosse mais um encargo da vítima, a teoria subjetiva da responsabilidade sofreu o primeiro abalo. Porque, se o indivíduo não pode provar a ausência de culpa, ele é responsável, ainda que não seja culpado. Assim o considera a lei”⁷⁶.

2.3 PRESSUPOSTOS DE APLICABILIDADE

A responsabilidade de que se trata no artigo 491 do Código Civil português, em questão só se refere a atos ilícitos⁷⁷, não abrangendo atos lícitos que porventura empenhem a responsabilidade do autor do dano⁷⁸. Paes de Sousa e Oliveira Matias comentam a respeito que não vêem “razões legais ou práticas que impeçam os memores de se constituírem autores das intervenções lícitas ora referidas e outras análogas, desde que, para tanto, tenham legitimidade e capacidade de exercícios. Sem estes últimos requisitos entendemos que não se pode falar na prática de atos lícitos”.⁷⁹

Cumprido observar que os danos referentes ao artigo 491 são os danos a terceiro.⁸⁰ Quanto aos danos de filhos menores causados a si mesmo, privilegiaremos, com grande reflexão, em capítulo mais adiante.

⁷⁶ Orlando Gomes, **Culpa e risco**, p. 382.

⁷⁷ Neste sentido, Vaz serra, **Responsabilidade de pessoas obrigadas a vigilância**, p. 384.

⁷⁸ Por vezes a prática de um ato lícito ocasiona lesão de um direito ou interesse de terceiro, ocasionando danos e um conseqüente direito à indenização, concebida por lei, pelo beneficiário do ato lícito. O Código Civil português não formula expressamente o princípio da responsabilidade por atos lícitos. Todavia de acordo com Almeida Costa (**Direito das Obrigações**, Pág 571) admitem-se várias situações que representam a aplicação prática deste princípio: a obrigação de indenizar que resulta dos atos praticados em estado de necessidade (artigo 339, II.); a que resulta de prejuízos causados em prédio alheio nos casos de instalações ou depósito de substâncias corrosivas ou perigosas (artigo 1347) de captura de enxames de abelhas (artigo 1322); de escavações (artigo 1348); passagem forçada ou momentânea (artigo 1349) ou de apanhar frutos (artigo 1367).

⁷⁹ Antônio Paes de Sousa e Carlos Frias de Oliveira Matias, **Da incapacidade jurídica dos menores interditos e inabilitados**, p. 214.

⁸⁰ Comenta Luiz da Cunha Gonçalves, **Tratado de Direito Civil**, vol XII, pág 660, “Assim, na Bélgica, julgou-se serem responsáveis os pais dum recém nascido heredo-sifílico, que transmitiu a sífilis à ama, se bem que, neste caso, os pais da criança tenham incorrido em negligência pessoal”.

Devemos ainda salientar que a responsabilidade dos pais só ocorre em consequência de ato ilícito de filho menor, não respondendo os pais, a esse título, por nenhuma obrigação do filho maior, ainda que vivam juntos. É claro que, não se inclui nessa situação o filho maior alienado mental⁸¹. Assim, é necessário, para que se caracterize a responsabilidade dos pais, que seu filho, autor material do ato ilícito, seja menor.

Por força do artigo 296 do Código Civil, as regras constantes do artigo 279 são aplicáveis, na falta de disposição especial em contrário, aos prazos e termos fixados em lei, pelos tribunais ou por qualquer outra entidade. Deste modo, atendemos às alíneas b e c do artigo 279, na contagem de qualquer prazo não se pode incluir o dia, nem a hora, se o prazo for de horas, em que ocorrer o evento a partir do qual o prazo começa a correr, sendo esse fixado em semanas, meses ou anos, a contar da última semana. Se no mês não existir dia correspondente, o prazo findará no último dia do mês correspondente.

No direito português, um indivíduo só começa a ser considerado como maior quando passar das 24 horas do dia de seu aniversário de 18 anos.

A regra geral vigente no direito positivo é a de que a competência da culpa, compreendida esta em sentido lato, como toda a ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia, ou imprudência, que violar direitos ou causar prejuízos a outrem, devem existir uma relação de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Além disso, é preciso que o sujeito que praticou o ato ilícito tenha capacidade de discernimento. Entender, não incorre em culpa, o que significa inidoneidade para praticar o ato ilícito.

A partir do nascimento completo com vida, o ser humano adquire a personalidade jurídica. Quanto à sua capacidade, esta virá com o decorrer dos anos. Assim, a idade será uma das circunstâncias fundamentais para a sua determinação. A

⁸¹ A respeito da responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância do interdito, Antonio Paes de Sousa e Carlos Frias de Oliveira Matias, Da incapacidade jurídica dos menores interditos e inabilitados, p. 245, e Henrique Mário de Sousa Antunes, **Responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de pessoa naturalmente incapaz**, p. 167.

esse propósito escreve Cunha Gonçalves⁸² que todo homem nasce física e mentalmente débil. A inteligência e a vontade fortificam-se à medida do crescimento do respectivo organismo. Há uma idade que se reputa sendo aquela em que o corpo adquire a plenitude do seu desenvolvimento; e essa idade foi pelos legisladores adaptada como sendo a da capacidade legal, estabelecendo o mesmo padrão, para que tão importante questão não ficasse dependendo das variadas condições individuais, como sucede no direito maometano.⁸³

O Código Civil português estabelece no seu artigo 122 que é “menor quem não tiver ainda completando dezoito anos, e acrescenta no artigo 123 que” salvo disposição em contrário, os menores carecem de capacidade para exercícios de direitos “.

Esta limitação de idade é uma simples manifestação de vontade legislativa, já que outras idades poderiam ter sido estabelecidas, como ocorre em outros países. Na Argentina a maioridade ocorre aos vinte e um anos (artigo 126); na Espanha aos dezoito anos (artigo 315); na França também aos dezoito anos (artigo 488); na Itália aos dezoito anos (artigo 2) e no Brasil (artigo 5) o Código Civil de 2002 alterou para a idade de dezoito anos para que o indivíduo seja considerado plenamente capaz.

Como vimos anteriormente, a plenitude da capacidade civil advém da cessação da menoridade, resquícios da influência do direito romano, que mantinham-se o indivíduo sob a tutela e perpétua assistência paterna. Considerava-se que a maioridade, por si só, não era hábil a atribuir a plenitude do exercício dos direitos. O indivíduo, mesmo imputável e com bastante idade, continuava sob o pátrio poder. Porém, este vinha cessar com o casamento, o estabelecimento comercial com economias próprias, o recebimento de ordem sacra, a colocação de grau acadêmico, ou ainda por sentença judicial⁸⁴.

⁸² Comenta Capelo de Sousa, o Direito Geral da personalidade, pág 370: “Nomeadamente, será de se exigir uma maior maturidade de espírito e uma maior capacidade de discernimento para a imputação da generalidade das ofensas físicas ou à vida (...)”

⁸³ Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol I, Coimbra, 1930, p. 225.

⁸⁴ Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil brasileiro*, vol I, p. 99, nota 67, 1993

Se a capacidade jurídica ⁸⁵ do indivíduo no domínio do direito civil se estende a outros fatos ou efeitos jurídicos, *maxime* aos fatos ilícitos e a responsabilidade pela própria prática de fatos ilícitos.

Como podemos entender do dispositivo no artigo 488 do código civil português, inciso I, no campo da responsabilidade só é imputável quem, no momento em que o fato ocorreu, não estava, por qualquer causa, incapacitado de entender e querer.⁸⁶ Esta inimputabilidade é presumida nos menores de sete anos e nos interditos por anomalia psíquica. Trata-se aqui de uma mera presunção que, caso seja provada, poderá ser atribuída capacidade de entender e querer a uma criança com idade inferior a sete anos. Não se poderá, entretanto, depreender que as crianças acima desta idade serão sempre imputáveis.

A imputabilidade no direito civil significa, para Vaz Serra, um estado normal da pessoa que lhe permite discernir a importância e efeitos dos seus atos. Pois, para “alguém ser civilmente responsável pelos seus atos, não parece exigir senão que possa medir a sua importância e alcance, isto é, tenha capacidade para agir racionalmente”^{87, 88}.

Como a menoridade termina aos dezoito anos, criam-se dificuldades de valorar a responsabilidade da pessoa durante este período, pois, tratando-se de menores que ainda não adquiriram a noção do bem e do mal com suficiente exatidão, não existirá

⁸⁵ Como afirmam Antônio Paes de Sousa e Carlos Frias de Oliveira Matias (**Da incapacidade jurídica dos menores interditos e inabilitados**, pág 29), “a incapacidade jurídica de determinada pessoa, consiste precisamente na sua inaptidão para figurar como sujeito de uma certa relação jurídica (incapacidade de gozo de direitos) ou para exercer a atividade jurídica própria (incapacidade de exercício de direitos) relativamente a certas relações jurídicas de que pode ser sujeito”.

⁸⁶ Rabindranath Capelo de Sousa, **O Direito Geral da Personalidade**, p. 370, nota 923: “Assim, um, menor normal de seis anos ou um interdito por anomalia psíquica, que não o inibia de entender e querer vários atos seus, podem ser responsáveis civilmente por culpa, em casos de agressões física com pedras, facas ou armas de fogo que saibam ser causadoras de dores físicas ou de morte. Por sua vez, um menor de sete anos com alto coeficiente de inteligência poderá responder civilmente, com culpa, por ofensas á honra alheia”.

⁸⁷ Adriano Vaz Serra, **Culpa do devedor ou do agente**, p. 78. Ainda neste sentido, Pires de Lima e Antunes Varela, **Código Civil anotado**, vol I, p. 489: “A imputabilidade(...)só abrange as pessoas que tenham o discernimento bastante para apreciar convenientemente o ato que praticaram, e que tenham, além disso, o livre exercício da sua vontade. Por isso se afirma a inimputabilidade dos que tenham colocado culposamente neste estado, sendo este transitório.

⁸⁸ Capelo de Sousa, **O Direito Geral de Personalidade**, p. 370, nota 923: “Há, pois, que apreciar as concretas capacidades e faculdades intelectuais e volitivas do agente no momento da prática do fato

aquela energia volitiva necessária à caracterização da culpa. A legislação nos diversos países não é uniforme. Simplificando, as duas orientações que identificamos são as seguintes:

1. Estabelecer uma idade que divida a vida do menor em um período de irresponsabilidade (abaixo de x anos) e de responsabilidade (acima de x anos).

2. Não estabelecer nenhum limite etário, deixando ao arbítrio dos juizes, ao analisar cada caso em concreto, verificar se o menor, ao praticar o ato danoso, possuía ou não discernimento, capacidade de entender ou de querer, ou livre determinação da vontade⁸⁹.

Um problema que o tema suscita é o de saber de necessidade do pressuposto da culpa por parte do agente material e, como consequência, o da sua imputabilidade, para que se caracterize a responsabilidade. Deste modo, para que ocorra a responsabilidade dos pais, deverá haver comportamento culposo do filho.

Falta ao menor de tenra idade imputabilidade, e sem a presença desta não existe culpa. Como define Antunes Varela, “diz-se imputável à pessoa com capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor de seus atos e para se determinar de harmonia com o juízo que faça acerca destes⁹⁰”.

A doutrina não é unânime neste assunto. Uns negam a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelo filho inimputável, outros sustentam esta responsabilidade, enquanto outros lhe atribuem uma responsabilidade mitigada⁹¹.

lesivo e a maturidade de espírito, a capacidade de discernimento e a liberdade de determinação exigidas, abstrata e genericamente, para a imputação, como próprio, do concreto fato lesivo praticado”.

⁸⁹ Henrique Mário de Sousa Antunes, **Responsabilidade Civil dos Obrigados a Vigilância de pessoa naturalmente incapaz**, p. 113.

⁹⁰ Antunes Varela, *Direito de Família*, p. 438.

⁹¹ No Direito Brasileiro, Orlando Gomes, **Direito das Obrigações**, p. 391, nega esta responsabilidade afirmando: “É lógico que não há responsabilidade paterna enquanto o filho não tiver capacidade de discernimento.” Orozimbo Nonato e Pontes de Miranda defendem a tese da responsabilidade mitigada, afirmando o primeiro (Reparação dos danos causados por pessoa privada de discernimento, p. 380): Cuida-se porém, em todos eles, não de culpa sem imputabilidade, mas de simples satisfação imposta pela equidade e com todas atenuações desta. Não se apresenta aqui uma ruidosa patente denegação da teoria clássica de responsabilidade, mas a aceitação de um critério d ordem social.”. Munir Karam (**Responsabilidade civil pelo fato do filho**, pág 408) afirma a interpretação ampliada da responsabilidade dos pais em relação aos menores destituídos de discernimento: É o único compatível com o espírito e letra da lei”.

Sobre o assunto Orlando Gomes desenvolve uma tese negativa da responsabilidade dos pais que se baseia na falta de discernimento do menor⁹². Para o nobre jurista não deverá existir a responsabilidade civil dos pais pelos atos lesivos de seus filhos menores, já que estes não poderão incorrer em culpa, pois para tanto precisarão de um mínimo de capacidade de discernimento. Em suas palavras: Para alguém cometer ato ilícito, precisa ter discernimento, e para responder pela reparação civil, ter praticado ato culposo. Conseqüentemente, se o menor não tem capacidade de querer e entender, não incorre em culpa, o que significa inidoneidade do pai pressupõe prática ato ilícito. Ora, se a responsabilidade do paterna enquanto o filho não tiver capacidade de discernimento. Por exemplo, 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, o pai não responde pela reparação do dano, porque a responsabilidade indireta supõe a ilicitude do ato de quem causa o prejuízo. Apesar de lógico, esse raciocínio não prevalece na prática⁹³.

Da doutrina brasileira destacamos a opinião de Serpa Lopes, expressando-se sobre a questão de ser ou não indispensável para a configuração da responsabilidade dos pais, ter o menor causador do dano incorrido em culpa: “Uma dificuldade pode surgir, qual a da impossibilidade de um menor dezesseis anos ser consciência dos atos, a responsabilidade do pai ou da mãe se torna efetiva desde de que o ato do menor possa tomar o aspecto culposo como se fosse perpetuado por uma pessoa de maioridade”⁹⁴.

Compartilhamos também da opinião de Vaz Serra, segundo a qual não deve exigir-se a culpa do autor material do dano, pois mesmo que seja irresponsável, haverá sempre um ato objetivamente contrário ao direito, que com a vigilância necessária teria sido evitado⁹⁵.

⁹² Contra o julgado do TJSP de 28 de Maio de 1976 (RJTJSP, 40/102) no qual foi reconhecida a responsabilidade civil do pai em virtude de seu filho de 4 anos ter cegado outro menor com uma pedrada.

⁹³ Orlando Gomes, **Obrigações**, p. 356.

⁹⁴ Miguel Maria de Serpa Lopes, **Curso de Direito Civil**, Vol V, 4^a edição, Rio de Janeiro, 1995, p. 275.

⁹⁵ Vaz serra, **Responsabilidade de pessoas obrigadas á vigilância**, p. 423. Conclui: A presunção de culpa estabelecida no presente artigo não (...) supõe a culpa da pessoa por quem se responde, tendo, portanto, lugar mesmo que esta não seja imputável “.

Não será demasiado acrescentar que incumbe ao ofendido provar a relação entre o ato ilícito e o dano do incapaz. Presumida é apenas a responsabilidade dos pais. Esta exigência coloca-se como antecedente indeclinável para a configuração do dever de indenizar.

Em matéria de sujeitos obrigados à vigilância, a lei portuguesa optou por uma cláusula geral na definição das pessoas que poderão ser obrigadas por ela, utilizando-se assim critérios distintos e complementares, que juntos dirão, no caso concreto, se tais sujeitos serão ou não responsáveis pelo dano cometido pelo incapaz.

2.3.1 Culpa *In Vigilando*

Analisaremos agora não só o dever de vigilância que taxativamente disposto no artigo 491, como outros que lhe estão intimamente relacionados. A culpa *in eligendo*, tão presente entre outras áreas da responsabilidade do comitente, possui pouco destaque na responsabilidade dos pais. Ela surge, neste tipo de responsabilidade, quando os genitores deixam os seus filhos a cuidados de terceiros que não possuam reconhecida idoneidade⁹⁶. Alguns autores definem-na como falta de discernimento para escolher os seus empregados, que podem, por vez, causar danos a terceiros por sua incompetência⁹⁷.

A culpa *in vigilando* supõe a falta de diligência dos sujeitos responsáveis para evitar que as pessoas que têm sob o seu cuidado ou dependência cometam atos que possam causar danos a terceiros ou si próprias. O simples poder-dever de vigilância dos pais é mais dever do que poder, tendo por fim proteger o menor dos perigos e evitar que ele prejudique terceiros⁹⁸.

Na culpa *in vigilando*, a conduta do responsável, pode ser valorada segundo dois critérios: o primeiro deles é o parentesco à própria conduta do responsável, ou melhor, a diligência que ele costuma aplicar em seus atos (culpa em concreto); o segundo

⁹⁶ Henri Mazeaud, Léon Mazeaud e André Tunc, ob. cit, p. 776.

⁹⁷ Mônica Navarro Michel, *La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos*, p.35, Barcelona, Editora Bosch, 1998.

⁹⁸ Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, p. 111, Coimbra, Almedina,1999

critério baseia-se na comparação da conduta do responsável com a de um homem “normal”, medianamente sagaz, prudente e cuidadoso, a quem os romanos davam a designação de *bonus pater familias*.

O direito português optou pelo segundo critério (culpa em abstrato) ao estabelecer em seu artigo 487, do Código Civil que “a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”, valendo-se assim do mesmo critério adotado na responsabilidade contratual (artigo 799).

Comentam Pires de Lima e Antunes Varela: “A referência expressiva ao bom pai de família acentua mais a nota ética ou deontológica do bom cidadão (*do bonus cives*) do que o critério puramente estatístico do homem médio. Que isto significa que o julgamento não está vinculado às práticas de desleixo, de desmazelo, que por ventura tenha generalizado, se outra for a conduta exigível dos homens de boa formação e de são procedimento”.

É manifesta, por outro lado, que a figura do bom pai de família, utilizada por nossa lei como padrão da diligência exigível comuns das pessoas, é um conceito simbólico destinado a cobrir não só a atuação do homem no âmbito da sociedade familiar, mas todos os variados setores da vida de relação, por onde se reparte a atividade das pessoas⁹⁹.

Diz o Acórdão da Relação de Lisboa de 15 de Novembro de 1988: “Não se pode, porém exigir do obrigado a dar vigilância nem dever absoluto quanto a tal, bastando que a sua atuação no tocante à formação do sujeito dela se desenvolva em moldes normais com as concepções que nos regem. Bastando-lhe que seja diligente no desenvolvimento dessa vigilância”.

Isto significa que não pode o obrigado a vigiar ser responsabilizado em conseqüências de atos ilícitos que aqueles, sujeitos passivos, desta vigilância, pratiquem além do campo da normalidade e contrários aos princípios que pelos vigilantes lhes são insuflados.

⁹⁹ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil anotado, vol I, p. 489.

Há que, assim, atender à circunstância de o sujeito à vigilância ter, em princípio e normalmente, um certo poder de vontade, bem ou mal dirigida, que sempre pode exercer sem ou contra a intervenção e fiscalização do obrigado a dar vigilância.

Por isso, se da parte de tal obrigação houver os cuidados normais, o seu dever fica cumprido, com a conseqüente irresponsabilização pelos resultados danosos de atos do sujeito passivo da vigilância, que sejam antijurídicos¹⁰⁰.

Deste modo, na vigilância e educação dos menores, não devemos subodirnar-nos a critérios absolutos e abstratos que signifiquem, por exemplo, a vigilância de todos os instantes da vida dos filhos, tendo assim, os pais que desamparar as atividades e deveres de liderança familiar, deixando de atender às circunstâncias sociais e econômicas da família¹⁰¹.

Posição severa, entretanto, adotou o Acórdão da relação de Lisboa de 20 de Fevereiro de 1986, que responsabilizou os pais de um menor pelos danos causados a outra criança que, numa tarde de sábado, enquanto estavam ocupados em tarefas domésticas, o deixaram brincar com uma pedra, causando-lhe a perda parcial da visão. Baseia-se essa decisão na tenra idade do menor, que por si só obrigava os pais a uma maior vigilância¹⁰².

Apesar de concordarmos que as crianças de tenra idade exigem mais cuidados, obrigando, assim a uma vigilância mais acentuada, acreditamos que no caso supracitado, era perfeitamente compreensível que os pais permitissem que o filho fosse brincar próximo de casa. Além de que, os pais da vítima agiram de forma similar, ao permitir que também seu filho menor fosse sozinho para o mesmo local, acentua-se assim ainda mais, o quão natural foi à permissão concedida pelos pais ao agente material do dano.

Não podendo fazer exigências de uma atuação conseqüente, sob pena de constituir uma limitação de liberdade de movimento incompatível com as atuais

¹⁰⁰ Acórdão da relação de Lisboa de 15 de novembro de 1988, in Coletânea de jurisprudência, ano XIII, tomo V, 1988, p. 113.

¹⁰¹ Sobre o assunto, Salvatore Patti, *Famiglia e Responsabilità Civile*, p. 267.

¹⁰² Acórdão da relação de Lisboa de 20 de Fevereiro de 1986, in "Boletim do Ministro da Justiça", n° 361 p. 597.

necessidades do quotidiano, “há que limar arestas e exigir apenas aqueles cuidados que, segundo um juízo de normalidade, são de adotar no caso concreto”¹⁰³.

2.3.2 Culpa *in Educando*

O conceito de culpa *in educando* é originário do código Civil francês de 1804, cujos trabalhos preparatórios já se referem ao dever dos pais de prepararem seus filhos como modelos de virtude para serem bons cidadãos e respeitarem a propriedade de terceiros¹⁰⁴.

O objetivo da educação reside na preparação gradual dos filhos, sendo ela física, moral e intelectual, para que eles, aproveitando da sua crescente faculdade, possam reger com autonomia e independência a sua pessoa e administrar os seus bens, estando assim preparados para viver e conviver em uma sociedade civilizada, sabendo respeitar os direitos dos demais.

Assim, a missão dos pais é preparar os filhos para serem cidadãos responsáveis capazes de viver por si sós¹⁰⁵. Para isso é necessário que o menor atinja a maturidade, tendo os pais duas funções de educar, velar pela saúde e segurança deles, tendo como critério o interesse do menor.

A educação do menor não consiste apenas nos conhecimentos escolares, técnicos e profissionais. Consiste também na transmissão de valores morais, cívicos, fundamentais para se viver bem na sociedade. Nos primeiros anos de vida do menor, será o exemplo dos pais a sua maior fonte de ensinamento¹⁰⁶. A orientação religiosa também foi cargo dos pais até os dezesseis anos do menor; a partir desta idade, fica

¹⁰³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 1988, in “Boletim do Ministério da Justiça”, n.º 374, p. 466.

¹⁰⁴ Jean-Pierre Lê Gall apud Maria Clara Sottomayor, **A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores**, 1995, Coimbra, p. 424.

¹⁰⁵ Diz o Acórdão da Relação do Porto de 30 de outubro de 1996, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 460, p. 809: “Tendo argüido, menor de dezessete anos de idade, arremessado voluntariamente uma pedra contra o ofendido que o atingiu no rosto com violência bastante para lhe causar ferimentos, compete ao pai do menor afastar a presunção de que omitiu os deveres de vigilância, essencialmente o de preparação do menor para não assumir tal tipo de comportamento perigoso e despropositado, potencialmente lesivo de bens de valor máximo, como são a vida ou a integridade física”.

¹⁰⁶ Maria de Fátima Abrantes Duarte, **O poder paternal**, Contributo para o estudo do seu atual regime, p. 68.

livre o menor para seguir a sua própria orientação religiosa, como dispõe expressamente o artigo 1886 do Código Civil português¹⁰⁷.

Este é um dos setores da educação em que mais se faz apelo para as inclinações do menor, devendo os pais assumir um papel elucidativo da importância da religião e dos seus princípios, para que o filho possa fazer como autonomia e conhecimento a sua escolha religiosa na idade prescrita por lei.

Quanto à doutrina portuguesa, defende esta que o exercício da vigilância começa antes da produção do dano. Ora, é precisamente aí que a educação desempenha papel relevante, a par dos simples conselhos e recomendações no sentido de evitar acometimento de certos danos, construindo a personalidade e o caráter do menor¹⁰⁸.

No referente ao dever de educar, discute-se, entretanto, se tais deveres são autônomos para os efeitos da exceção liberatória; ou seja, se deve consistir em uma dupla demonstração; terem os pais educados devidamente o seu filho menor e haverem igualmente vigiado suas atividades de modo adequado aos hábitos e caráter do filho.

No direito português, a ausência de boa educação não é considerada um requisito que por si só determine a responsabilidade dos pais, pois não estando mencionada no artigo 491, a educação serve apenas como critério para determinar a medida de vigilância exigível aos pais. Desta forma, a boa educação tornaria o dever de vigilância bem mais flexível, funcionando assim como um elemento que contribui para que seja ilidida a presunção de culpa. Deste modo, a educação deve ser considerada como um fato que influi sobre o gênero de vigilância que se deve manter. Afirma Aguiar Dias: "Vigilância é o complemento da obra educativa, e far-se-á mais ou menos necessária, conforme desempenho o pai na primeira ordem de deveres"¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Diz o artigo 1886 (Educação religiosa): "Pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de dezesseis anos.

¹⁰⁸ Maria Clara Sottomayor, **A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores**, p. 419.

¹⁰⁹ José Aguiar Dias, **Da responsabilidade civil**, vol 2, p. 527. 1997.

A culpa *in educando* não tem relevância autônoma na jurisprudência portuguesa, porque isso seria contrário à letra da lei que apenas fala em obrigação de vigilância¹¹⁰. No entanto quando em jurisprudência se afirma “a vigilância, o cidadão e o zelo exigíveis, começam antes da verificação do resultado” parece estar a falar-se, sobretudo de educação.

De qualquer modo, a boa educação não libera os pais da obrigação de vigiar. É coerente que no caso de menores bem educados a vigilância dos pais sobre os que os filhos fazem, deve diminuir tanto quanto maior for a idade e quanto melhor for o comportamento, a bem do vigilando, já que o poder paternal é uma missão, uma missão evolutiva¹¹¹.

Na ordem jurídica francesa a educação é entendida no seu sentido mais lato: instrução escolar, formação moral (consciência e abertura a valores), orientação profissional, instrução e educação religiosa¹¹². Quando um menor em ato antijurídico, lesa direitos absolutos de terceiros, o pai e mãe respondem pelo ato. Mas essa culpa é *in vigilando e in educando*. O dano causado pela criança implica uma das condutas negligentes ou ambas ao mesmo tempo. Há, portanto, presunção de culpa dos pais. Aliás, para exclusão do delito, presunção *juris tantum*, o art 1384, a jurisprudência interpreta-a como pertencente aos pais o poder de evitar a condenação à indenização causados pelos seus filhos menores. Desde que provem que não têm nada a censurar a si próprios no que diz respeito à vigilância ou à educação¹¹³. Tradicionalmente tem-se ensinado (não sem alguma contestação) que para a liberação da presunção os progenitores podem provar que exerceram uma vigilância diligente e que deram uma boa educação às crianças.

É uma prova que mesmo na França intervém-se raramente porque a causalidade entre o fato danoso e as lacunas da educação só é imediatamente perceptível¹¹⁴.

Henri Roland e Laurent Boyer comentam a respeito:

¹¹⁰ Maria Clara Sottomayor, ob. cit, p. 424.

¹¹¹ Gérard Cornu, ob, cit, p. 125.

¹¹² Gérard Cornu, ob, cit, p. 132.

¹¹³ Maria Clara Sottomayor, ob, cit 424.

¹¹⁴ Henri Roland, Laurent Boyer

São verdadeiramente necessárias circunstâncias particulares para remontar à educação recebida. Assim, segundo um acórdão da Cour de Cassation, o caráter premeditado da ação criminal, a vontade maligna e a obstinação no desejo de incomodar e de se afirmar numa ação destrutiva, sem preocupação das conseqüências possíveis sobre os bens e sobre as pessoas, manifesta defeitos graves da formação intelectual e moral do menor e testemunha deficiências de educação. A decisão não se fundamenta sobre fatos atestando uma deficiência educativa. Esta-se, então, muito próximo de uma responsabilidade objetiva, pouco susceptível de contradição¹¹⁵.

2.3.3 A Coabitação

A coabitação pode ser utilizada como um fator a se ter em conta no momento de estabelecer ou não a culpa *in vigilando* do progenitor. Constata-se que o genitor que não conviva com o menor terá maior dificuldade em vigiá-lo e educá-lo. De modo a que consiga evitar determinadas condutas que possam resultar em danos para terceiros. Esta falta de convivência poderá, em muitos casos, dificultar o cumprimento dos deveres inerentes ao pátrio poder, mas não será suficiente para impedi-lo. Deve-se, entretanto, ter em conta cada caso concreto para melhor poder analisar os reais obstáculos encontrados pelos pais¹¹⁶.

Se considerássemos a coabitação como um pressuposto legal, sua ausência eximiria totalmente a responsabilidade. Nesse caso, a falta de convivência poderia ser imputada ao genitor que, por exemplo, abandonou o seu filho menor. É claro que é injusto o ordenamento jurídico recompensar este tipo de comportamento e excluir a responsabilidade de um tal pai. Para evitar esse tipo de situação tão indispensável num sistema que exija a coabitação, deverá ser insuficiente à prova da sua falta, pois ela não é garantia de ausência de responsabilidade¹¹⁷.

Analisando a ausência temporária dos pais, ele poderá consistir circunstância concreta que justifique o fato de não haver o pai impedido o ato do filho, liberando-o do dever de indenizar quando ela ocorrer por motivo justo.

¹¹⁵ Henri Roland, Laurent Boyer, Obligations I. *Responsabilité délictuelle*.

¹¹⁶ Silvio Rodrigues, Direito Civil, Vol 4, p. 70.

¹¹⁷ Maria Clara Sottomayor, **A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos menores**, p. 435. 1995.

Assim, poderá valer como motivo de isenção da responsabilidade quando tenha feito a substituição da responsabilidade, encarregando da vigilância pessoa idônea e igualmente capaz de exercê-la. Situação semelhante ocorre se o filho é colocado num instituto de educação idôneo para prosseguimento de estudos. A coabitação falta, sem haver censura do comportamento dos genitores, cessando o requisito (coabitação) da presunção de culpa dos pais.

Há autores que alegam que a coabitação deve ser mantida como pressuposto fundamental para pôr termo a uma excessiva objetivação da responsabilidade. Acreditamos, no entanto que a coabitação não é um instrumento que objetiva ou subjetiva a responsabilidade dos pais, mas sim critério de delimitação do sujeito responsável.

No direito italiano, admite-se a aplicação da norma, portanto subtrai-se a presunção de culpa dos pais, se outra pessoa estiver sujeita a ela por algum dos sujeitos indicados no artigo 2048¹¹⁸, que são os tutores, mestres e artesões. Como estas responsabilidades não são acumulativas, responderá só aquele que tem a autoridade de direito e de fato sobre o menor, salvo provando a culpa do pai e da mãe. Assim, no direito italiano, admite-se todas as situações em que não tenha havido uma transferência lícita e razoável do filho menor, da esfera física de atuação dos pais para a de um sujeito diverso. Desta forma, deverá o interprete prestar atenção à presença ou ausência de figuras substitutivas dos pais na obrigação de socialização do filho. Onde sejam sujeitos, ou, mesmo existindo, não se apresentem como uma escolha correta para substituir os pais em suas funções, o menor será considerado como coabitando com os seus genitores.

¹¹⁸ Codice civile: "Responsabilità dei genitori, dei tutori, deo precettori e dei maestri d'arte, Il padre genitori, el la madre, il tutore sono reponsabilui del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutel, che abitano com essi, La stessa disposizione si applica all'affiliante.

I precettori e coloro che insegnano um mesiere a un'arte sono responsabili Del danno cagionato dal fatto illecito dei loro vigilanza.

Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla reponsabilità soltanto se provano di non aver potuto impedire il fatto".

A doutrina francesa defende que o dever-função e guarda¹¹⁹ faz nascer o dever de coabitação. Pelo que é necessário que a criança viva com os pais ou pelo menos um deles, sem o que o dever de vigilância que fundamenta a responsabilidade não poderá ser exercido¹²⁰. Por isso, a presunção de responsabilidade deixa de existir assim que a criança deixa de viver sob o teto paterno. Se ela deixar a casa em condições irregulares os pais mantêm o dever de vigilância e pode inclusivamente recorrer ao serviço policial para que o filho seja colocado na residência familiar.

Posição similar é a da doutrina brasileira¹²¹, Sergio Cavalieri Filho chama atenção para o fato de que “os pais só são responsáveis pelos filhos menores que estiverem sob o seu poder, em sua companhia, ter o filho em seu poder significa tê-lo sob o mesmo teto, de modo a possibilitar o poder de direção dos pais sobre o menor e a sua eficiente vigilância”¹²².

Contudo a doutrina francesa não exonera os pais da responsabilidade pelo simples fato do menor não coabitar com eles no momento da produção do dano, principalmente quando o filho tenha se evadido de casa por ter sido expulso ou na seqüência de uma discussão. Adota, entretanto, a mesma posição do direito italiano, no caso do menor se encontrar por motivo legítimo sob responsabilidade de terceiro.

Vaz Serra, escreve que em Portugal não parece existir esse tipo de exigências, para que se configure a responsabilidade dos genitores: “Mesmo que o menor habite com os pais, pode não ser presumida a culpa destes, pois a coabitação nem sempre toma possível à vigilância, por outro lado, a falta de coabitação não implica necessariamente a impossibilidade de vigilância”¹²³.

2.4 A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS

É subjetiva a responsabilidade daquele que por lei (art 491) é chamado a responder por fato ilícito causado por seu filho menor contra um direito absoluto de

¹¹⁹ Boris Starck ob.cit, p. 400, *Les père et mère sont responsables solidairement, em tant qu'ils exercent le droit de garde.*

¹²⁰ Boris Starck, ob, cit, p. 407.

¹²¹ Sergio Cavalieri Filho, ob, cit, p. 107

¹²² Sergio Cavalieri Filho.

¹²³ Vaz Serra, **responsabilidade de pessoas obrigadas à vigilância**, p. 398.

terceiro. Os pais respondem por culpa própria e não por culpa de outrem, por omissão ao dever de vigilância. Esta responsabilidade subjetiva dos pais é consagrada para respeitar o principio de que não há responsabilidade sem culpa¹²⁴. Aparece no *Code de Napoléon* 1804 quando os filhos estavam totalmente submetidos ao “*patria potestas*”. Então os filhos menores causavam poucos danos, os pais podiam arcar com a reparação de danos com mais facilidade do que atualmente. Aliás podiam ser ressarcidos pelo trabalho dos filhos, Nos tempos que correm o trabalho infantil é proibido.

Hoje, Portugal e Alemanha, a julgar pela jurisprudência, têm sido menos severos para com os pais. Mas a França e a Itália são vistos como os países onde a jurisprudência tende para a objetividade da responsabilidade. Vozes vêm crescendo nesta direção. A fundamentação é de que de *iure constituto* a norma atribui a responsabilidade subjetiva, por culpa própria aos pais mas na prática a jurisprudência cria muitas dificuldades à prova liberatória de culpa. Por outro lado, “não parece justo que sejam apenas os pais a arcar com os danos causados pelos menores, os quais podem assumir montantes elevados”¹²⁵. De fato, para as leis serem justas devem estar de acordo com as épocas em que são aplicadas. Hoje em dia, quase a totalidade dos pais vive dos seus salários não tendo as grandes fortunas da antiguidade: com as transformações sociais operadas assiste-se ao progressivo desaparecimento das classes ricas. Os acervos patrimoniais, os bens do casal tendem a diminuir, metade de pouco é nada”¹²⁶. A propósito de seguros e cláusulas de exclusão, Antônio Pinto Monteiro escreve que:

A idéia base é que tanto o seguro como as cláusulas de exclusão permitem ao devedor exonerar-se da responsabilidade, diminuindo assim como referimos a relevo atribuído à noção de responsabilidade moral e ao papel sancionatório desta. Sobressaindo a nota de garantia. Por outro lado, se o segurado tem o ônus de pagar o respectivo prêmio, também o devedor, beneficiário da cláusula exoneratória, concederá freqüentemente certas vantagens ao credor,

¹²⁴ Maria Clara Sottomayor, ob, cit, p. 450

¹²⁵ Maria Clara Sottomayor, ob, cit, p. 467.

¹²⁶ Nuno Espinosa Gomes da Silva, **Posição sucessória do cônjuge sobrevivente, Reforma do Código Civil**, 1981, p. 62-63.

designadamente reduzido o preço dos bens ou serviços, pelo que em ambos os casos se trataria de “compra” a irresponsabilidade¹²⁷.

Esta proposta de seguro, a ser aceita, tem indubitavelmente vantagens para ambas as partes: “enquanto o seguro garante a indenização ao lesado, tomando mais sólida a posição de credor, a cláusula de irresponsabilidade deixa-o sem reparação; por outro lado, enquanto o seguro se fundamenta num princípio de reparação social dos riscos e danos, as cláusulas de exclusão fazem com que o dano seja suportado por uma só pessoa, o lesado, em benefício¹²⁸ do lesante”. A razão da histórica economia e social que serviu de base ao preceito extinguiu-se quase todo. Não é pois, errado pensar que sob o ponto de vista do direito à substituição dever-se-ia ter o seguro como uma saída razoável.

2.5 REPARAÇÃO DA LESÃO

O modo de reparação da lesão do menor em ato jurídico por omissão do dever de vigilância dos pais depende, em primeira linha do poder paternal.

Se o exercício do poder paternal for atribuído a ambos os pais, que é o que acontece, *ope legis*, na constância do casamento, o exercício é comum (Código da República de Angola tem como pressuposto de exercício em comum apenas à coabitação dos pais não interessando se são ou não casados, art 139, I Constituição, pois, por força do art 128. Os filhos têm iguais direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres para com os pais, estejam ou não unidos pelo casamento). No caso de Angola, esta é uma norma oportuna ,porque está em consonância com a realidade social em que a grande maioria de casais vive em união de fato não reconhecida¹²⁹. A situação modelo é aquela em que pai e a mãe vivem juntos com os seus filhos e em bom entendimento¹³⁰. A responsabilidade dos pais é solidária, a dívida é comum - art 497.

¹²⁷ Antonio Pinto Monteiro, **Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil.**, p. 135

¹²⁸ Antonio Pinto Monteiro, p. 135.

¹²⁹ Maria do Carmo Medina, **Código da Família** (anotado), Luanda 1998

¹³⁰ Gérard Cornu, ob, cit, p. 136

Se o exercício do poder paternal for atribuído a um só dos pais, responde aquele que o tiver porque cabe a ele o dever de vigilância. Em Angola, mesmo o progenitor a quem não for atribuído o exercício do poder paternal responde sempre, mas numa proporção menor, pois, por força da lei, mantém o direito às relações pessoais com o filho, devendo cooperar na sua formação, art 150 da Constituição: *“No exercício em separado é prevalecente a entrega do poder-dever de guarda do filho a um dos progenitores, e daí um maior grau do poder-dever de vigilância”*¹³¹. Do mesmo modo, se só um dos pais estiver vivo.

A orientação da doutrina alemã é similar à portuguesa: quando houver vários obrigados (os pais) a reparação é solidária; do mesmo modo se os pais estiverem separados, mas forem ambos obrigados à vigilância. Isso significa que nenhum dos progenitores se pode livrar facilmente da responsabilidade por ter deixado a casa familiar. Mas na Alemanha, um cônjuge, em circunstâncias poderosas, pode confiar que outro tomará as medidas de vigilância necessária não precisando nesse caso de estar ativo, só que um pai ou mãe não deve, de um modo geral, acomodar-se, confiando que outro o fará.

Na França, analisando três situações, a doutrina diverge da portuguesa em certa medida: pais casados, divorciados ou separados de fato, e união de fato. A questão primordial é quem tem o exercício do poder paternal, ou em que casa a criança vive habitualmente. Na constância do casamento a responsabilidade é solidária. Em caso de divórcio o tribunal pode decidir que o poder paternal seja exercido por um ou por ambos progenitores. Se o juiz se pronunciar pela igualdade dos pais terá de indicar em casa de qual dos pais o menor terá a sua residência habitual. A responsabilidade será do progenitor que vive com a criança e, neste caso, a solidariedade é excluída, tal como quando o exercício do poder paternal é atribuído a um só dos divorciados ou separados de fato. Esta posição é bastante criticada. Numa outra situação, o juiz poderá decidir que o filho de divorciados ou separados viva conjuntamente com terceiros. Os pais mantêm o exercício do poder paternal e exercem-no conjuntamente, contudo a pessoa a quem a criança é confiada cumpre todos os atos relativos a sua vigilância e

¹³¹ Maria Clara Sottomayor, ob, cit anotação ao art 150.

educação, mas a presunção de responsabilidade não lhe caberá, apesar dos poderes que recebe, porque a responsabilidade por fato de outrem está ligada ao poder paternal que só terceiro não adquire. Na última situação, que diz respeito a um casal em união de fato, há três hipóteses a considerar: a primeira é se a criança reconhecida por um só dos progenitores, ele exerce sozinho o poder paternal; a segunda: a criança é reconhecida por ambos ao mesmo tempo, a mãe exerce sozinha o poder paternal; a terceira hipótese: os pais fazem uma declaração perante um “*greffer em chef*” de um *tribunal de* instância superior: o poder paternal pode ser exercido por ambos. Nas primeiras hipóteses não há responsabilidade solidária; segue-se o princípio da casa onde a criança vive. Na terceira a responsabilidade solidária; segue-se o princípio da casa onde a criança vive. Na terceira hipótese a responsabilidade é solidária porque os pais manifestam expressamente vontade de se encarregarem ambos da criança¹³².

Há a hipótese de o menor responder sozinho, caso seja imputável. Nesse feito será ao abrigo da norma geral art 483, mas só se tiver culpa.

2.6 CASOS ESPECIAIS DE RESPONSABILIDADE

Como a responsabilidade referida no artigo 491 está estreitamente associada ao pátrio poder, poderemos afirmar que a ausência deste implicará a exclusão da responsabilidade do genitor. Esta afirmação aparentemente tão simples e inquestionável poderá suscitar entretanto alguns questionamentos. Vejamos:

1- O caso de um genitor que era titular do pátrio poder, e assim responsável pelos atos ilícitos de seu filho menor, vindo posteriormente ao dano a ser privado dele, antes que o lesado tivesse interposto a ação judicial pertinente. Poderá alegar que a ausência do *pátrio poder* o exonerou de sua responsabilidade?

A resposta deverá ter em conta as circunstâncias concretas do momento em que ocorreu o ato ilícito. O primordial nesta situação para que o lesado possa reclamar a sua indenização ao genitor é saber se no preciso momento do dano este era ou não

¹³² Boris Starck, ob, cit, p. 405.

titular do *pátrio poder*. Após o ato ilícito não afeta na responsabilidade dos pais pelos danos cometidos anteriormente.

O genitor¹³³, que for privado do pátrio poder permanecerá responsável pelos atos ilícitos de seus filhos menores que forem cometidos antes desta privação.

Uma sentença que declara que um sujeito não é o pai biológico do menor não pode modificar, por si mesma, as relações patrimoniais contraídas anteriormente a essa sentença, principalmente se a sentença de responsabilidade se fundamentou em critérios subjetivos como a *culpa in vigilando*. Desta forma, ficarão os terceiros protegidos da reclamação de devolução da indenização. Poderíamos alegar que sentença que põe fim à paternidade tem efeitos retroativos como dispõe o n° 2 do artigo 1797 do Código Civil português: “o estabelecimento da filiação tem, todavia, eficácia retroativa”.

Guilherme de Oliveira Comenta que: “a retroatividade admitida pelo artigo 1797 mostra que o legislador aceitou o caráter simplesmente declarativo, e não constitutivo do estabelecimento da filiação; e que o dado biológico foi aceite sem distinções,. A filiação jurídica recua ao tempo em que começa a filiação biológica”¹³⁴.

Mesmo sabendo da força retroativa da sentença declaratória da paternidade¹³⁵, que consiste em um reconhecimento judicial que opera *ex tunc*, não podemos responsabilizar esse genitor, tendo em vista que o artigo 491, se baseia na culpa *in vigilando* do pai, culpa essa impossível de existir, já que o genitor ignorava por completo tal vínculo¹³⁶.

Devemos ter em consideração as circunstâncias concretas do momento da produção do dano; em outras palavras: ver se nesse momento a paternidade já era reconhecida ou não. Além de se verificar a possibilidade ou não de se exigir que o suposto genitor cumprisse o seu dever de vigilância.

¹³³ A maternidade estabelecida também poderá ser impugnada em juízo, pela pessoa declarada como mãe, pelo registro, por quem tiver interesse moral ou patrimonial na procedência da ação ou Ministério Público, como dispõe o artigo 1807 do Código Civil. Esta impugnação é imprescritível.

¹³⁴ Guilherme de Oliveira, **Estabelecimento da Filiação**, p. 10.

¹³⁵ Eduardo dos Santos, **direito de Família**, p. 498.

¹³⁶ O reconhecimento de paternidade após o ato danoso, aproxima-se da perda ou suspensão do pátrio poder no momento em que o menor pratica o ato danoso e a recupera posteriormente a este ato. Entretanto, nesse caso, poderá invocar a *culpa in educando*.

2- Casos de danos causados pelo menor a si mesmo: dizem Antunes Varela e Pires de Lima¹³⁷ que a presunção de culpa *in vigilando* estabelecida no artigo 491, apenas refere-se aos danos causados a terceiros, já não aos danos causados à pessoa que deve ser vigiada.

Afirmam que quanto a esta vigoram os princípios gerais.

No mesmo sentido entendia Vaz Serra, sustentando que a presunção de culpa do artigo 491 não deverá ser aplicada, pois ela destina-se a proteger terceiros, vítimas de danos causados por pessoas carecidas de vigilância. Por conseguinte, não se verifica a razão de ser desta presunção de dano à própria pessoa a vigiar. Devendo assim ser provada a culpa do obrigado à vigilância. Alerta também para os casos e que o dever de vigilância resulte de contrato, pois este poderá ser estabelecido também em benefício da pessoa vigiada, devendo ser aplicadas, portanto, a regras da responsabilidade contratual¹³⁸.

Pontes de Miranda diz que “os danos de que trata a responsabilidade dos pais são danos a terceiros, de forma que a responsabilidade não se configura se o dano é causado pelo agente a si mesmo. Salvo se há culpa do responsável, porque, então responderá com base no artigo 159, que trata de responsabilidade civil em geral”.¹³⁹

Quando os obrigados à vigilância deixam o menor ao cuidado de uma pessoa, passam a ser considerados terceiros nesta relação. No entanto, o direito a indenização por eventuais danos sofridos pelos próprios genitores deverá ser reduzido, ou até mesmo excluído, com base no artigo 570. Deve-se lembrar que não se exime do dever de vigilância a simples entrega do menor ao cuidado de outra pessoa; é necessário, para que ela seja legítima, que tenham sido cumpridas determinadas preocupações.

O Acórdão do supremo tribunal e Justiça de 17 de janeiro de 1980 afirma: A falta de vigilância dos pais da vítima de um acidente de ônibus estar em relação de causalidade com o dano para haver responsabilidade. Esta responsabilidade tem de ser aprovada positivamente dado que não lhe aproveita a presunção de culpa do artigo 491 do Código Civil português, por isso que enquanto para os danos causados a terceiros

¹³⁷ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil anotado*, p. 493.

¹³⁸ Vaz Serra, *Responsabilidade de pessoas obrigadas à vigilância*, p. 424.

¹³⁹ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito de Família*, p. 207, 1947.

se presume a culpa das pessoas obrigadas à vigilância, para os danos causados à própria pessoa a vigiar, a culpa não se presume, havendo, assim que a prová-la.¹⁴⁰

Concluindo, a responsabilidade dos pais atuará quando o prejuízo for causado a um terceiro à relação, e não quando ele for causado à própria pessoa a vigiar ou ao menor.

¹⁴⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de janeiro de 1980, in Boletim do Ministério da justiça, n.º 293, p. 308.

CONCLUSÃO

O tratamento jurídico da responsabilidade dos pais está a evoluir. Criado no século XIX pelo Código de Napoleão, Atualmente, os danos causados por menores aumentará, tanto em número quanto custo. A exoneração da culpa dos pais vai deixando de ser simpática à jurisprudência que se mantém fiel ao princípio de que todo o dano deve ser ressarcido. De fato, com a vida moderna, os pais não podem estar em vários lugares ao mesmo tempo. Poder-se-ia exigir deles que dessem melhor educação aos filhos para que, mesmo sem vigilância, não causassem danos. Mas assim se estaria entrando no difícil caminho da *"culpa in educando"* à qual o preceito da responsabilidade civil dos pais nem sequer faz referência.

Por outro lado, atribuir o dever de reparação apenas ao progenitor que tem o exercício do poder paternal é manifestamente injusto, porque onera aquele que também tem as agruras do exercício, onera ainda mais aquele que no mesmo exercício enfrentam freqüentemente dificuldades. Partindo do ponto de vista atual, aliás correto e humano, de que uma criança nunca é um dano, é adequado com esta mesma época repartir a responsabilidade pelos dois progenitores.

Muitas vezes a jurisprudência reage ao julgamento de um dano como se tratasse de responsabilidade por culpa de outrem. Isto acontece mesmo quando a criança não tenha culpa; os pais são chamados a responder. Em resultado disso, a norma acaba por funcionar como garantia de que a vítima será ressarcida, no cumprimento do princípio de nenhum dano sem reparação.

O peso de alguns danos ultrapassa freqüentemente a capacidade econômica dos obrigados. Esse fato, faz como que o *ratio legis* não possa ser realizado ou hipoteca o futuro econômico do lesante. Uma das saídas seria, em termos *lex ferenda*, o seguro dos danos causados por fatos ilícitos dos menores.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Henrique Mário de Sousa, **Responsabilidade civil dos obrigados á vigilância de pessoa naturalmente incapaz**, Lisboa, 1997, p. 167.

ALARCÃO, Rui de, **Direito das Obrigações**, Coimbra, 1977.

ALVES, Jeovanna Malena Viana, **Responsabilidade Civil dos pais pelos atos dos filhos menores**, p. 07, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

CALLE, Esther Gómez, *La responsabilidad Civil de los padres*, Madrid, 1992.

CAVALIERI, Sergio Filho, **Programa de Responsabilidade Civil**, Malheiros Editores, Brasil 1996.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, **O nexo da causalidade na responsabilidade civil**, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Suplemento IX, p.65-95.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, **Curso de Direito de Família**, Coimbra, 1986.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, **O problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil**, Coimbra Editora, 1995.

CORNU, Gerárd, **Droit Civil de Famille**, 4ª edition, Montchrestien, Paris, 1994.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, **Direito das Obrigações**, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 1998.

DE PAULA, José Antônio De Paula Santos Neto, **Do pátrio Poder**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 181, 1944.

D'ARONCO, Antonio, **Responsabilità Civile di ginitori, tutotri, precettori e maestri d'arte**, p. 272.

DIAS, José de Aguiar, **Responsabilidade Civil em debate: organização e apresentação dos debates** por Ilka Bulhões Rocha Peixoto, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1983. p. 30.

- **Responsabilidade Civil**, Vol II , 10ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direto Civil brasileiro**, Vol I, 9ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1993, p.99.

DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, **O poder paternal**. Contributo para o estudo do seu actual regime, p. 6, 38, Lisboa, AAFDL, 1989. DURSEY, Georges, **Responsabilité Civile, Obligations et contrats spéciaux**, RTD, 1975, p. 73.

GONÇALVES, Luis da Cunha, **Tratado de Direito Civil**, Vol I, Coimbra, 1930.
- **Tratado de Direito Civil**, Vol XII, Coimbra, 1930.

GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato, **Alimentos. Reforma do Código Civil**, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981, p. 177.

JORGE, Fernando Pessoa, **Ensaio sobre Pressupostos da Responsabilidade Civil**, Coimbra 1995, p. 36.

KARAN, Munir, **Responsabilidade Civil pelo fato do filho**, In “**Enciclopédia Saraiva do Direito**”, Vol 65, São Paulo, 1977, p 394.

OLIVEIRA, Guilherme, **Estabelecimento da Filiação**, Coimbra, Almedina, 1997, p.

- OLLIER, Pierre- Dominique, **La Responsabilité Civile dès Père et Mère**, Paris, p. 14.

ORLANDO Gomes, Culpa x Risco, in “**Revista Forense**” Vol. LXXXIII, ano XXXVII, Rio de Janeiro, 1940, p. 378-384.

- **Direito das Obrigações**, 8ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992.

LEGEAIS, Raymond. **La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation dès dommages causes par mineur**, p. 775-798, 1978.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, **Código Civil Anotado**, VOL I, (Com a Colaboração de M. Henrique Mesquita), Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

LOPES, Miguel Maria de Serpa, **Curso de Direito Civil**, Vol V, 4ª edição, Rio de Janeiro, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1995.

MAZEAUD, Henri/ Jean Mazeaud/ André Tunc, **Traité théorique et pratique de la responsabilité civile II**, 6ª edição, Paris, 1978.

MEDINA, Maria do Carmo, **Código da Família** (anotado), Luanda 1998.

MICHEL, Mônica Navarro, **La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos**,.35. Barcelona, Editora Bosch, 1998

MIRANDA, Pontes de, **Tratado De Direito de Família**, Vol III, 3ª edição, São Paulo, Editora Max Limonad, 1947.

MONTEIRO, Jorge F. Sinde, **Responsabilidade Civil I, Introdução**, Revista do Direito e Economia, Abril, Coimbra, 1978, p. 105.

RODRIGUES, Sílvio, **Direito Civil**, Vol. VI, São Paulo, Editora Saraiva, 1989.

ROLAND, Henri e LAURENT, Boyer, **Obligations, I Responsabilité Délictuelle**, 5ème édition, Paris, 1996, p. 409.

SANTOS, J. M de Carvalho, **Código Civil Brasileiro Interpretado**, Vol 20, Vol 20, Rio de Janeiro, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos S.A., 1990.

SANTOS, Eduardo dos, **Direito da Família**, Coimbra, Almedina, p. 111. 1999.

SERRA, Vaz, **Responsabilidade das pessoas obrigadas á vigilância**, Boletim do Ministério da Justiça nº 85, Abril 1959, p. 384.

- Anotações, Acórdão da relação de Lisboa de 15 de novembro de 1988, in Coletânea de jurisprudência, ano XIII, tomo V, 1988, p. 113.

- Anotações, Acórdão da Relação do Porto de 30 de outubro de 1996, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 460, p. 809.

- Anotações, Acórdão da relação de Lisboa de 20 de Fevereiro de 1986, in "Boletim do Ministro da Justiça", nº 361 p. 597.

- Anotações, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1980, in Boletim do Ministério da justiça, nº 293, p. 308.

- Anotações, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Junho de 1988, in "Boletim do Ministério da Justiça", nº 374, p. 466.

- Anotações, Acórdão do STJ de 16 de Maio de 1969, In " Revista de Legislação e Jurisprudência", ano 109º, p. 331 e seguintes.

SILVA, Espinosa Gomes da, **Posição sucessória do cônjuge sobrevivivo, Reforma do Código Civil**, 1981, p. 62-63.

SILVA, Theódosio Pires Pereira da, **Responsabilidade dos pais**, in " Revista Forense", Vol 285, ano 80, Rio de Janeiro, 1984, p 495-502.

SILVA, Espinosa Gomes da, **Posição sucessória do cônjuge sobrevivivo, Reforma do Código Civil**, 1981, p. 62-63.

SOUSA, António Paes de; MARTINS, Carlos Oliveira, **Incapacidade de Menores, interditos e inabilitados.**

SOUSA, Rabindranath Capelo de, O Direito Geral de Personalidade, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, **A Responsabilidade dos Pais Pelos Factos Ilícitos Praticados Pelos Filhos Menores**, Coimbra, 1995, p. 403, 404, 414, 454.

TELLES, Inocêncio Galvão, **Direito das obrigações**, 7^a edição, Coimbra, 1997, p. 420.

TOURNEAU, Philippe le, **La responsabilité civile**, 3^a edição, Paris, Ed. Dalloz, p. 103.