

ALUÍSIO PIRES DE OLIVEIRA

A obrigação de indenizar a cargo dos genitores: responsabilidade civil pelos atos danosos dos filhos menores.

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito - Mestrado, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.
Orientador: Professor Doutor Luiz Edson Fachin

Curitiba
26.11.96

ALUÍSIO PIRES DE OLIVEIRA

A obrigação de indenizar a cargos dos genitores: responsabilidade civil pelos atos danosos dos filhos menores.

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:

**Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Setor de Ciências Jurídicas - UFPR**

**Prof. Alberto J. Bueres
Universidade Nacional de Buenos Aires**

**Prof^a. Carmem Lucia Silveira Ramos
Setor de Ciências Jurídicas - UFPR**

Curitiba, 26 de novembro de 1996.

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	v
RESUMO	vi
1 INTRODUÇÃO	1
2 PREMISSAS TEÓRICAS	8
2.1 VÍNCULO DE FILIAÇÃO	8
2.2 INIMPUTABILIDADE	10
2.3 CLASSIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE	13
3 PRECEDENTES HISTÓRICOS E LEGISLATIVOS	16
3.1 ANTIGUIDADE E IDADE MÉDIA	16
3.2 DIREITO CIVIL CLÁSSICO	19
3.3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA	20
3.3.1 Antecedentes do Código Civil	21
3.3.2 Sistema do Código Civil	22
3.3.3 Os Códigos de Menores	26
3.4 DIREITO COMPARADO	29
4 FUNDAMENTOS ORDINÁRIOS DA RESPONSABILIDADE	32
4.1 A PRESUNÇÃO DE CULPA	34
4.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA	46
4.3 GARANTIA	51
5 MOTIVAÇÕES DERIVADAS DO VÍNCULO DE FILIAÇÃO	56
5.1 PODER PARENTAL	56
5.2 GUARDA	64
5.3 VIGILÂNCIA	68
5.4 EDUCAÇÃO	72
6 CONDIÇÕES DE ESTABELECIMENTO DO VÍNCULO INDENIZATÓRIO ...	80
6.1 MENORIDADE	81
6.2 COABITAÇÃO	89
6.3 CULPA DO MENOR	93
6.4 DEMAIS CONDIÇÕES	97
7 REPERCUSSÕES SUBJETIVAS	102
7.1 DURANTE A CONVIVÊNCIA DOS PAIS	102
7.1.1 No Matrimônio	103
7.1.2 Na União Estável	106

7.2 RUPTURA DA CONVIVÊNCIA DOS GENITORES	108
7.2.1 Separação de Fato	108
7.2.2 Separação Judicial e Divórcio	110
7.3 CUMULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE	115
7.4 EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE	118
8 MEIOS EXONERATÓRIOS	123
8.1 PELOS FUNDAMENTOS GENÉRICOS E ESPECIAIS	123
8.2 PELAS CONDIÇÕES DE SURGIMENTO	127
8.3 PELOS VALORES OBJETIVOS, SUBJETIVOS, SOCIAIS E CONTEMPORÂNEOS	131
8.4 RESPONSABILIDADE PESSOAL DO MENOR	138
9 CONCLUSÕES	144
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	149

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C. = antes de Cristo

apud = citado por

art. = artigo

BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) = Código Civil alemão.

cf. (*confer*) = confira

CIAADI = Centro Integrado de Atendimento ao Adolescente do Juizado de Infância e Juventude de Curitiba

d.C. = depois de Cristo

ECA= Estatuto da Criança e do Adolescente

ed. = edição

IBGE = Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

Ibid. (*ibidem*) = na mesma obra

IPARDES = Instituto Paranaense de Desenvolvimento Social

n. = número

op. cit. (*opere citato*) = obra citada

p. = página

PND = Plano Nacional de Desenvolvimento

s. d. = sem data.

s. ed. = sem editora

t. = tomo

v. = volume

v. g. (*verbi gratia*) = por exemplo

UNICEF = Fundo das Nações Unidas

RESUMO

O estudo objetivou apresentar análise de parcela substancial da doutrina e das decisões dos tribunais sobre a responsabilidade civil dos genitores pelos atos danosos dos filhos. Pretendeu-se utilizar como pano de fundo do trabalho a premissa de que há um fenômeno de transformação e superação do Direito Civil clássico, ainda não finito, visando-se apreender o tema num momento de transição. Constata-se o imbricamento dos três modelos de responsabilidade civil - culpa, responsabilidade objetiva e garantia -, detectando-se o comportamento variado dos tribunais diante da maior amplitude de fundamentos comuns para o surgimento da obrigação de indenizar. Estuda-se as mudanças nos fundamentos específicos, dando-se ênfase à mutação de fundo do "pátrio poder", de poder para função, à autonomia e relevância fática da guarda, à passagem dos deveres de vigilância e educação de critérios rígidos em mitigados. Observa-se as condições da responsabilidade, encontrando-se a mudança do conceito de menoridade, a superação facultativa do requisito da coabitação dos genitores com os filhos, a necessidade da culpa do menor, a relevância da conduta, do dano, do nexos de causalidade e da ilicitude. Verifica-se as repercussões subjetivas da união dos genitores, aceitando, quando houver convivência, a responsabilização de ambos os no matrimônio e semelhante comportamento na união estável; durante a não convivência, no intuito de não responder o genitor que tiver deixado de exercer o dever de guarda, exige-se a separação judicial ou divórcio no matrimônio, satisfazendo-se com a separação de fato na união estável. Estuda-se, ainda no prisma subjetivo, a possibilidade de cumulação da responsabilidade dos genitores com a de terceiros ou dos próprios genitores em qualidade diversa, bem como constatou-se ser possível estendê-la a terceiros. Analisa-se as transformações dos meios exoneratórios, ampliando o tradicional combate aos fundamentos e condições para considerar os valores múltiplos envolvidos ou a indenização promovida pelo próprio menor ofensor. Ao final, confirma-se a historicidade e o contemporâneo momento de transição, apontando para responsabilidade objetiva dos genitores em relação aos menores infantes e responsabilidade própria dos adolescentes.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade dos genitores pelos atos danosos dos filhos menores constitui instituto jurídico localizado no campo de estudo normalmente designado por responsabilidade civil, antecedendo ao delineamento do tema propriamente dito as noções desse ramo.

Responsabilidade, termo derivado do latim *respondere*, expressa a obrigação de uma pessoa arcar pelos efeitos de sua conduta, os quais juridicamente alcançam diferentes esferas de interesses, como a penal, a administrativa e a civil¹.

Na responsabilidade civil, o ofendido é titular do interesse de agir em face da ofensa aos seus bens juridicamente protegidos, pelo qual objetiva obter uma indenização. A obrigação de indenizar tem funções cumuladas de compensar o patrimônio do ofendido, punir o ofensor e prevenir, de forma geral, a produção de novos danos, tanto pelo ofensor como pelo ofendido e por terceiros².

O vínculo jurídico, pertinente à obrigação de indenizar o prejuízo causado a outrem, pode resultar de fato próprio, de pessoas ou coisas ligadas ao responsável³.

Esse vínculo entre os sujeitos, proveniente da incidência da norma sobre o fato da vida, representa o núcleo do qual emergem direitos e obrigações de cada uma das partes. Atribui a um o poder de exigir a indenização e a outro o dever correlato de

¹ Na responsabilidade penal o Estado busca a punição do ofensor visando coibir a prática de condutas tipificadas como criminosas. Neste intuito, aplica punições chamadas de penas, cujas espécies consistem em multa, restrição de direitos, restrição de liberdade e, até, privação de liberdade.

Na responsabilidade administrativa, a Administração Pública, exercendo poder de polícia e agindo no interesse público, pune a conduta do ofensor com a aplicação normalmente de multa.

² TRIMARCHI, Pietro. Illecito (dir. priv.). In: MORTALI, Constantino & PASSARELI, Francesco Santoro. **Enciclopedia del diritto**. v. XX. Varese : A. Giuffrè, 1970. p. 108.

³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **A culpa como fundamento da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro, mar. 1953. Tese apresentada para o concurso de livre docência da cadeira de Direito Civil - Faculdade de Direito, Universidade do Brasil. p. 7.

prestar⁴, gerando-se a chamada relação obrigacional⁵.

Ele divide-se conforme provenha de atos lícitos⁶ ou ilícitos, subdividindo-se estes últimos em danos contratuais ou extracontratuais. Fala-se, quanto aqueles, em responsabilidade negocial e, no que diz respeito a estes, em responsabilidade civil, extracontratual ou aquiliana⁷.

A responsabilidade dos pais, retomando o tema após o conhecimento do assunto,

⁴ GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980. p. 149-51.

Calogero GANGI explica da seguinte maneira os deveres e direitos que envolvem os sujeitos das relações jurídicas: *“em virtude da relação obrigacional [...] , o devedor é obrigado a uma prestação e o credor tem o direito de exigí-la, a ponto de, se o devedor não cumprir espontaneamente a prestação, o credor pode lhe constranger a assegurá-la, agindo judicialmente contra ele, e se nem depois da condenação ao adimplemento ocorrer a prestação, o credor pode agir executivamente sobre seu patrimônio, para obter a satisfação do seu crédito, e se isto não for possível, o ressarcimento do dano pela ausência de satisfação”*. No original: *“In virtù del rapporto obbligatorio, come si è già detto, il debitore è obbligato ad una prestazione e il creditore ha il diritto di esigerla da lui, e appunto perciò, se il debitore non esegue spontaneamente la prestazione, il creditore può costringerlo ad eseguirla, agendo giudiziariamente contro di lui, e se neanche dopo la condanna all'adempimento egli esegue la prestazione, il creditore può agire esecutivamente sul patrimonio di lui per ottenere il sodisfacimento del suo credito, o se ciò non è possibile, il risarcimento del danno per il mancato sodisfacimento”* (GANGI, Calogero. **Le obbligazioni**. Milano : A. Giuffrè, 1951. p. 11 - tradução livre).

⁵ VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. v. I. 7. ed. Coimbra : Almedina, 1991. p. 110-1.

Para conceituar obrigação, colhe-se o entendimento de Clóvis BEVILÁQUA que a considera como a *“relação transitória de direito, que nos constrange a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, em regra economicamente apreciável, em proveito de alguém que, por ato nosso ou de alguém conosco juridicamente relacionado, ou em virtude da lei, adquiriu o direito de exigir de nós essa ação ou omissão”* (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 7. ed. São Paulo : Francisco Alves, 1950. p. 14).

Manuel A. Domingues ANDRADE, por sua vez, entende que obrigação designa tecnicamente relações creditórias ou obrigacionais e que, nestas relações, há o vínculo jurídico pelo qual uma pessoa deve realizar, em benefício de outra, uma prestação (ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria geral da relação jurídica**. v. I. Coimbra : Almedina, 1966. p. 16).

Ilustre-se, ainda, com Jorge GIORGI o conceito de obrigação, segundo o qual *“é vínculo jurídico entre duas ou mais pessoas determinadas, em virtude da qual uma ou várias delas (devedor ou devedores) ficam sujeitos em relação a outro ou outros (credor ou credores) a fazer ou não fazer alguma coisa”*. No original: *“vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual, una o varias de ellas (deudor o deudores) quedan sujetas respecto a otra o a otras (acreedor o acreedores) a hacer o no hacer alguna cosa”* (GIORGI, Jorge. **Teoria de las obligaciones** : en el derecho moderno. v. I. Madrid : Reus, 1929. p. 11).

⁶ Acrescentam-se como fatos geradores da responsabilidade civil os atos lícitos, do estado de necessidade e da legítima defesa, consoante os artigos 160, 1.519 e 1.520 do Código Civil.

⁷ Fernando NORONHA esclarece serem incorretas tecnicamente as expressões responsabilidade contratual e extracontratual, desde que não atentam para as obrigações oriundas de negócios jurídicos unilaterais, sugerindo no lugar delas falar-se em responsabilidade civil e responsabilidade negocial (NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil : uma tentativa de ressystematização. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 64, p. 14, abr./jun., 1993).

compreende, dentro da classificação de fatos jurídicos, a espécie de ato jurídico em sentido amplo, uma vez que se diferencia primeiramente dos fatos naturais e, depois, dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negociais⁸.

A origem da responsabilidade civil dos pais, via de regra, está nos danos extracontratuais, excepcionalmente derivando de danos negociais ou atos lícitos.

Entretanto, necessário estabelecer qual a responsabilidade civil dos pais a que se propõe este trabalho a apreciar, pois existem dois tipos: a que incumbe frente aos filhos por sua própria atuação e a que lhes incumbe frente a terceiros pela atuação de seus filhos⁹.

O presente estudo versa sobre a segunda espécie, na qual o vínculo obriga os pais a indenizarem terceiros pelos danos ocasionados pelo descendente menor de idade. No Direito Civil clássico, essa obrigação dos genitores decorria da presunção de que, se tivessem cumprido seus deveres¹⁰, impossibilitaria o filho de lesar interesses alheios¹¹.

Como tema que faz parte do ramo sistemático e organizado de normas jurídicas denominado de Direito Civil, torna-se relevante o estudo da matéria pelo simples fato de esta seara do saber jurídico estar sofrendo um conjunto de transformações que foram denominadas de “crise do Direito”, proveniente da sociedade moderna dificultadora do relacionamento pessoal e constantemente desafiadora do sistema de

⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico** : conseqüências práticas. Curitiba : Educa, Scientia et Labor, 1988. p. 3-5. Exemplificam-se os fatos naturais com a produção de danos pela queda de um raio, os atos jurídicos *stricto sensu* com a interpelação e os atos negociais com a compra e venda.

⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Responsabilidade civil dos pais. In: CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 59; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito da Família** : Direito Matrimonial. Porto Alegre : Fabris, 1990. p. 37. Exemplificando estas duas espécies de responsabilidade dos genitores, haverá **responsabilidade pelos atos do filho** quando este lesar o patrimônio alheio, enquanto a **responsabilidade dos pais perante os filhos** quando aqueles prejudiquem a formação destes se envolvendo com vícios, como o alcoolismo.

¹⁰ O substantivo dever, no sentido jurídico, significa a “*situação da pessoa contra quem se dirige o poder jurídico do titular do direito subjectivo*” (ANDRADE, Manoel A. Domingues. Op. cit. p. 3).

¹¹ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen Lopez. **La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos**. Madrid : Tecnos, 1988. p. 13.

Direito Civil clássico¹². O equívoco das teorias liberalistas que pressupunham o homem com liberdade de atuar, ressaltando as transformações da sociedade e gerando o fenômeno da “repersonalização” do Direito Civil combinado com a formulação de microssistemas¹³, v. g., o Direito do Menor.

Interessa, também, a diminuição dos casos de responsabilidade pessoal e, em via adversa, o aumento expressivo dos casos de responsabilidade objetiva e mesmo de responsabilidade de outrem, “*fruto inexorável dos fatores econômicos, técnicos e materiais que envolvem e dominam as atividades humanas na vida moderna*”.¹⁴

Justifica o estudo da responsabilidade civil dos genitores perante terceiros em virtude dos atos danosos dos filhos, o fato de que, pelo menos, um terço (1/3) do contingente populacional do Brasil é formado por menores¹⁵. Acrescente-se a relevância do tema em razão do público-alvo deste estudo, o que é possível por meio dos levantamentos demográficos levados a cabo no Brasil, indicadores eles da elevada concentração de renda¹⁶.

¹² AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. **O Direito**. Coimbra, ano 126, p. 64, 1994.

¹³ TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 65, p. 22-23, jul./set. 1993; FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria do Direito Civil. *In Jurisprudência Brasileira*, nº 172, Curitiba : Juruá, 1995, p. 49.

¹⁴ LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro : Forense, 1973. p. 26.

¹⁵ Reconhece-se como causa deste desequilíbrio populacional o deficiente planejamento familiar e o controle da natalidade, o que faz o Brasil ter grande número de jovens se comparado com países desenvolvidos. Neste sentido, a UNICEF, em relatório sobre a situação da infância do ano de 1992, considerou o planejamento responsável dos partos como “*um dos meios mais eficazes e menos onerosos de se melhorar a qualidade de vida na terra - hoje e no futuro - e que se tome consciência de que um dos maiores erros de nossos tempos é o fracasso deste planejamento*” (UNICEF. **Situação mundial da infância - 1992**. Brasília : s.ed., 1992. s. p.).

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui 60 milhões de crianças até dezessete anos, dos quais 12,2% ou 11.733.078 vivem em famílias com renda mensal que não ultrapassa meio salário mínimo - leia-se, miseráveis (JOVENS do Brasil são 60 milhões. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 11 dez. 1995. p. 12).

¹⁶ Na década de oitenta, por exemplo, havia quinze por cento (15%) das famílias brasileiras com rendimento *per capita* de até um quarto (1/4) de salário mínimo, trinta e cinco por cento (35%) de meio (1/2) salário, sessenta e cinco por cento (65,1%) até um (1) salário mínimo mensal, dez por cento (10,1%) acima de três e meio (3,5) salários mínimos e, note-se, o percentual de um ponto quatro (1,4%) com mais de dez (10) salários mínimos. Destaque-se que os cinquenta por cento (50%) mais pobres, com acesso apenas a treze ponto seis por cento (13,6%) de renda, ao mesmo tempo em que o um por cento (1%) mais rico tinha acesso a participação na renda de treze ponto três por cento (13,3%)

A situação contemporânea dos menores, de outra sorte, provocando o ingresso dos jovens com menos idade na sociedade atual, a diminuição proporcional da possibilidade de os pais controlarem os filhos e a concessão de maior liberdade e independência pela sociedade aos menores¹⁷, interfere em sentido peculiar no estudo.

Além disso, o tema é influenciado pela aceitação no ordenamento jurídico de novas espécies de famílias, a mudança de função dos grupos familiares, a igualdade entre os cônjuges para exercer o poder parental e a exceção que a responsabilidade dos pais faz ao princípio geral de culpa¹⁸.

Para completar os interesses, adquire importância a investigação da responsabilidade dos genitores pela ausência de obra jurídica especializada em âmbito nacional e, ainda, pela falta de atualidade dos trabalhos existentes¹⁹.

Conhecida a importância do tema, indispensável atentar para o cunho da investigação, a fim de evitar distorções. O Direito não pode ser compreendido como um “dado” ou pré-conceitos, e sim um objeto em permanente construção²⁰. Ao invés de dogmas, as regras jurídicas são fruto dos interesses que interferem no sistema jurídico sob a proteção da legitimidade autoconferida.

A negativa do Direito como construído prejudica o conhecimento do campo de estudo com a omissão de noções de fundo relevantíssimas²¹. Dessa concepção do

na renda (JAGUARIBE, Hélio; SILVA, Nelson do Valle e; ABREU, Marcelo de Paiva et al. **Brasil : reforma ou caos**. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1989. p. 17-32).

¹⁷ GÓMEZ CALLE, op. cit., p. 17

¹⁸ BELTRÁN DE HEREDIA, op. cit., p. 11.

¹⁹ SANTOS NETO doutrina neste dois sentidos, só que em relação ao pátrio poder, tema correlato ao da responsabilidade civil dos pais (SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 15).

²⁰ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Lisboa : Estampa, 1989. p.111.

²¹ Exemplo disso está no conceito de “sujeito de direito”, classicamente visto como de atribuição igual para todas as pessoas, conclui-se natural em sentido diverso, pois no plano da realidade os fatos assim não se passam. A idéia de igualdade e liberdade teórica na categoria “sujeito de direito” provém da co-teorização produzida pela camada social dominante, na medida de suas necessidades, uma vez que, sem esta falsa noção de liberdade e igualdade, não haveria a submissão dos proprietários da força de trabalho aos proprietários do capital (MIAILLE, op. cit., p.117-8).

No mesmo sentido: NOVOA MONREAL, Eduardo. **O direito como obstáculo à transformação**

Direito deriva a necessidade de ele se comunicar com os demais elementos que organizam a produção da vida social²².

O Direito Civil, no mínimo, deve ser identificado como um sistema aberto, oposto àquela noção de direito codificado e fechado. A característica aberta do sistema provém da admissão das normas, valores e princípios jurídicos, como produto da relação entre a intenção sistematizada e a experiência preocupante da realidade social²³.

Por todos os motivos relacionados, pretende-se analisar a responsabilidade dos genitores como instituto jurídico em construção, elencando-se a cada passo as concepções do passado e as do presente, trazendo a lume as transformações dignas de um objeto inserido em um sistema aberto.

Para realizar este intento, foram dispostos os capítulos de maneira a possibilitar as constatações das alterações sofridas. Inicia-se pelas noções preliminares que habilitarão ao estudo da responsabilidade civil dos genitores. Depois, segue-se o levantamento histórico-legislativo, dentro do qual localiza-se a evolução do instituto desde a antigüidade até o Direito Civil clássico, acompanhado-se a experiência brasileira do Código Civil e leis posteriores e do direito comparado.

Conhecidos os postulados básicos e históricos, passa-se ao estudo dos fundamentos ordinários da responsabilidade dos genitores, na perspectiva da evolução

social. Porto Alegre : Fabris, 1988. p.101. O último autor assevera: *“Cifram-se, no conceito de pessoa, a igualdade jurídica, a liberdade de ser proprietário, igual para todos, e a liberdade igual de contratação; mas, na realidade, a liberdade de ser proprietário se converte, nas mãos do mais forte, em uma liberdade para dispor de coisas e em uma liberdade para dispor de homens, pois quem manda sobre os meios de produção tem nas mãos a sorte dos trabalhadores. Tais liberdades, combinadas entre si, conduzem ao capitalismo e, portanto, à desigualdade efetiva ou material”* (Ibid., p.101).

²² MIALLE, op. cit., p. 68-70. *verbis*: *“...as relações jurídicas, portanto, o sistema de regras de direito, não podem explicar-se nem por si mesmas nem por apelo ao espírito. Esta afirmação é a condição sine qua non que nos permite escapar ao positivismo (o direito é o direito) e ao idealismo (o direito é a expressão da justiça). A única via fecunda que permite explicar realmente o direito consiste pois em procurar «noutro lado» as razões da existência e do desenvolvimento do direito. Este «outro lado», contrariamente ao que uma leitura superficial poderia fazer crer, não é por certo a economia: é a existência de um modo de produção, o que, veremos, é uma coisa completamente diferente. O modo de produção permite com efeito compreender ao mesmo tempo a organização social no seu conjunto e um dos seus «elementos», o sistema jurídico”* (Ibid., p. 69-70).

²³ AMARAL, Francisco. Racionalidade..., p. 68.

da presunção de culpa para a responsabilidade objetiva e, por fim, a garantia.

Continua-se com os fundamentos particulares da responsabilidade dos pais, examinando-se as modificações perpetradas no poder parental, na guarda, no dever de vigilância e de educação.

Prossegue-se com a análise, na ótica das mudanças, das condições de estabelecimento do vínculo indenizatório entre os pais e o ofendido, consistentes na menoridade, coabitação, culpa do menor e demais condições.

Promove-se a investigação das repercussões subjetivas, seja durante a convivência ou não dos cônjuges, cumulação e extensão da responsabilidade dos genitores, pretendendo-se vê-los sob o prisma das mudanças.

Analisados todos os elementos, concretiza-se o estudo dos meios exoneratórios, destacando-se as mudanças mediante a apreciação não só dos fundamentos e condições, como igualmente dos valores sociais e contemporâneos, além da responsabilidade pessoal do menor. Vencidos todos esses passos, encerra-se a investigação com as conclusões.

2 PREMISSAS TEÓRICAS

Antecedendo ao estudo propriamente dito da responsabilidade dos genitores, imprescindível o conhecimento dos postulados teóricos básicos para a sua compreensão, especialmente as noções de vínculo de filiação e imputabilidade, bem como a questão eminentemente teórica do enquadramento dentro da classificação quanto ao critério do ato pelo qual se responde, se próprio ou de outrem:

2.1 VÍNCULO DE FILIAÇÃO

A responsabilidade civil dos genitores repercute formando um vínculo indenizatório entre eles, pelo ato do filho menor, e o ofendido. Porém, para que isto aconteça, carece do estabelecimento de um vínculo subjacente ligando os pais à pessoa do filho.

Sendo assim, o vínculo indenizatório dos genitores com o terceiro lesado tem sua razão de ser na preexistente ligação entre pais e filho, qualificada como vínculo de filiação. Na lição dos professores José LAMARTINE e Francisco MUNIZ, da filiação emanam todas as regras de responsabilidade pelos atos dos menores¹.

Em sentido genérico, a filiação consiste no vínculo entre pais e filhos que provoca efeitos práticos e jurídicos para ambos envolvidos nesta relação, conectando uma pessoa àquelas que a geraram. O vínculo de filiação perpetua a união entre o filho as pessoas que o geraram².

¹ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito da Família** : Direito Matrimonial. Porto Alegre : Fabris, 1990. p. 37.

² PINTO, Fernando Brandão Ferreira. **Filiação natural**. Coimbra : Almedina, 1983. p. 29

Nessa direção, Carlos DAYRELL conceitua a filiação como a relação jurídica provocada pela geração de uma nova vida ou, em outros termos, o fato natural da procriação juridicamente considerado³.

Para ser estabelecido este vínculo, carece ele da fixação da paternidade e da maternidade do menor que, no entender de Carlos DAYRELL, são designações diferentes atribuídas conforme o ângulo pelo qual seja observada a relação de filiação⁴.

Em relação à maternidade, a fixação, tradicionalmente e regra geral, se dá *ipso facto* com o nascimento do filho, tornando-se certa desde o início, pelo menos na concepção do Código Civil. No que pertine à paternidade, estando os genitores casados ou unidos estavelmente, incide a presunção de que pai é o marido ou companheiro da mulher⁵.

Firmadas a paternidade e a maternidade, os atos dos filhos havidos dentro do casamento ou da união estável produzirão a responsabilidade dos genitores.

A dificuldade deriva dos casos em que a paternidade não foi estabelecida, quando os filhos provirem de fora do casamento ou união estável, forem adotados ou existir posse do estado de filho com o genitor.

Para os filhos havidos fora do casamento ou união estável, enquanto não fixada a paternidade ou maternidade, responde pelos atos do filho aquele genitor que for conhecido. Não havendo sido estabelecido o vínculo de filiação, seja com o pai ou a mãe, responderá pelo ato do menor terceiro que exercer a guarda.

Seguindo a orientação de que a responsabilidade dos pais decorre da não observância dos deveres a eles incumbidos, se o reconhecente estiver exercendo a guarda sobre o reconhecido, caberá a ele responder pelos seus atos. Em sentido contrário, não sendo exercida a guarda por terceiros, a responsabilidade permanecerá em poder daquele genitor conhecido.

³ DAYRELL, Carlos. **Da filiação ilegítima no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro : Forense, 1983. p. 9.

⁴ *Ibid.*, p. 10.

⁵ VIEGAS, João Francisco Moreira. A filiação fora do casamento na Nova Carta da República. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 634, p. 70-1, set. 1988.

No que diz respeito aos filhos adotados, deixando eles de ter vínculo com os pais anteriores e estabelecendo-se o vínculo de adoção com os pais adotantes, estes respondem pelos atos danosos⁶.

Por fim, em se tratando da posse do estado de filho⁷, é natural que, o direito a recepcionando⁸, seja a responsabilidade dos genitores mantida na mesma direção para os filhos havidos dentro do casamento ou de união estável, pois presentes as condições fáticas para o exercício integral dos deveres decorrentes do poder parental.

Somando-se ao vínculo de filiação para condicionar o surgimento da responsabilidade dos pais isoladamente ou em solidariedade com o filho, este deve ser inimputável.

2.2 INIMPUTABILIDADE

A causa inicial da responsabilidade dos pais é o ato danoso do filho, cujo autor, por ser inimputável, não pode responder por seus atos, provocando a migração do vínculo indenizatório da pessoa do filho para a dos genitores. Caso contrário, a imputabilidade do filho produziria a responsabilidade dele a título próprio.

A imputabilidade atenta para o discernimento, para as condições pessoais

⁶ Lei 8.069, de 13 jul. 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 41: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

⁷ Prevista implicitamente no artigo 349 do Código Civil: “Na falta, ou defeito do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação legítima, por qualquer modo admissível em direito:

I - Quando houver começo de prova por escrito proveniente dos pais, conjunta ou separadamente.

II - Quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”.

⁸ Nesta linha, vide: FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1992.

Artigo 33, § 1º, da Lei 8.069, de 13. jul. 1990: “A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiro”.

daquele que praticou o ato⁹, importando, no entender de Atilio Aníbal ALTERINI, “na versão jurídica da atitude de compreender, de conhecer”.¹⁰

Pode-se conceituar inimputabilidade como sendo “a determinação da condição mínima necessária a ser um fato referido e atribuído a alguém, como o autor do mesmo e com o objetivo de torná-lo passível das conseqüências”.¹¹

Dizendo respeito à qualidade que deve ter o sujeito para que se possa atribuir ao agente a responsabilidade pelo dano, considera-se imputável a pessoa com a “capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor dos seus actos e para se determinar de harmonia com o juízo que faça acerca destes”. A imputabilidade do agente exige a “posse de certo discernimento (capacidade intelectual e emocional) e de certa liberdade de determinação (capacidade volitiva)”.¹²

Embora a princípio similar, a imputabilidade distingue-se da capacidade de agir, de maneira que “há pessoas legalmente incapazes para a prática dos atos da vida civil, mas que têm discernimento” para responder pelos seus atos, como se dá no Código Civil com os menores de vinte e um anos e maiores de dezesseis anos¹³.

A lei pode adotar dois critérios para estabelecer a inimputabilidade dos menores. O primeiro, afere objetivamente a idade biológica, ao passo que o segundo, de natureza subjetiva, faz depender o instituto jurídico da imputabilidade exclusivamente

⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **A reparação nos acidentes de trânsito**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986. p. 11.

Segundo Luigi DEVOTO, a imputabilidade consiste na qualidade subjetiva que produz a responsabilidade pelo ato cometido (DEVOTO, Luigi. **L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile**. Milano : A. Giufré, 1964. p. 21).

¹⁰ ANIBAL ALTERINI, Atilio. **Responsabilidad civil**. 2. ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1969. p. 83. No original: “El discernimiento importa la versión jurídica de la aptitud de comprender, de conocer” (Ibid., p. 83).

¹¹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil** : Introdução, parte geral e teoria do negócio jurídico. 7. ed. V. I. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1989. p. 488.

¹² VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. v. I. 7. ed. Coimbra : Almedina, 1991. p. 555.

¹³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988. p. 328. Em igual sentido: VARELA, **Das obrigações**..., p. 585.

Código Civil, artigo 156: “O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado”.

da capacidade de entender e querer do menor¹⁴.

No Brasil, a imputabilidade civil recepciona o critério da idade biológica fixada no Código Civil, estabelecendo-se a incapacidade absoluta para os menores de dezesseis anos e a incapacidade relativa para os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos¹⁵, equiparando o menor entre dezesseis e vinte e um anos ao maior em relação obrigacional derivada de atos ilícitos¹⁶.

Originalmente visando à proteção dos menores, a inimputabilidade leva em consideração o fato de que o homem ao nascer, não tem a mínima defesa, precisando ser protegido do mundo exterior por vários anos¹⁷.

A qualidade de inimputável do menor não significa por si só uma espécie diversa de pessoa, não suprimindo os direitos inerentes ao homem, *“embora o menor, ao largo das circunvoluções jurídicas, tenha sido considerado como diferente, perigoso e com tendência ao desvio”*.¹⁸

O resultado da inimputabilidade do agente está na transferência da responsabilidade aos genitores, de tal forma que o responsável será pessoa diversa do causador imediato do prejuízo.

Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou, em acórdão de 1975, improcedente pedido de indenização, movido contra menor que causou danos desmotivados à propriedade alheia, se ele portava psicose epilética¹⁹.

¹⁴ GÓMEZ CALLE, Esther. **La responsabilidad civil de los padres**. Madrid : Montecorvo, 1992. p. 25-7.

¹⁵ Art. 5º. *“São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:*

I - Os menores de dezesseis anos. [...]”.

Art. 6º. *“São incapazes, relativamente, a certos atos (art. 147, n. I), ou à maneira de os exercer:*

I - Os maiores de dezesseis e os menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156)[...]”.

¹⁶ Código Civil: “Art. 156. “O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado”.

¹⁷ PINTO, op cit., p. 30.

¹⁸ TRINDADE, Jorge. **Delinqüência juvenil** : uma abordagem transdisciplinar. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1993. p. 54.

¹⁹ *Verbis: “Justifica-se a extinção do processo, quando a ação de indenização tem como réu menor portador de psicose epilética que o torna inimputável.*

[...]Não resta dúvida que o art. 159, em que se fundamentou a ação, não só prevê a culpa do agente

A inimputabilidade do menor, sendo assim, constitui premissa sem a qual não nasce o vínculo indenizatório entre o ofendido e os genitores do ofensor.

Analisado o vínculo de filiação e inimputabilidade, resta como pressuposto teórico a definição da responsabilidade dos genitores frente a classificação correspondente.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

A responsabilidade civil pode ser classificada quanto ao critério dos sujeitos, em responsabilidade por fato próprio e responsabilidade por fato de outrem. A primeira alude à responsabilidade pessoal e direta, enquanto a segunda diz respeito à responsabilidade indireta, consideradas, via de regra, aquelas elencadas nos três

como também a sua imputabilidade. Isso que dizer que a responsabilidade civil fica dependente da capacidade, como acentua Carvalho Santos, ao salientar que 'a obrigação de reparar o dano causado só existirá quando o ato for perpetrado por pessoa a quem se possa atribuir a livre determinação de sua vontade ou a liberdade de querer'. Mas logo a seguir esclarece que 'o nosso Código não aceitou completamente esta doutrina, tendo estabelecido para o menor a responsabilidade a partir dos 16 anos enquanto que para os loucos só admite que estejam interditos, pois só então terá aplicação o que vem disposto no art. 1.521, n. II, que fala em responsabilidade do curador pelos atos do curatelado' (Comentários ao art. 159).

Mas é o próprio e eminente jurista quem formula a seguinte questão: 'A alienação mental poderá ser causa de incapacidade, independente da sentença de interdição?'

E ele mesmo responde: 'poucas questões apresentarão a dificuldade de uma solução satisfatória como esta com que nos defrontamos'.

É certo que, como o próprio eminente jurista afirma, há grandes mestres que asseguram ser sempre nulo o ato praticado por alienado, embora não interditado. Mas é certo também que existem juristas de grande porte que entendem que o ato é apenas anulável.

Mas é o próprio Carvalho Santos que obtempera que a solução acertada está no meio termo. Assim, o ato pode ser anulado desde que se prove que a pessoa incidia em incapacidade natural por ocasião de praticá-lo.

Cuidando-se, porém, de um contrato, a boa-fé do outro contraente não pode ser posta à margem, de forma que o ato será válido se ele realmente ignorava aquela incapacidade.

No caso dos autos, porém, não se cuida de contrato, mas sim, da prática de um ato lesivo à propriedade do autor sem qualquer provocação sua. Mas não tendo sido decretada a sua interdição, poderá ser reconhecida a sua alienação mental?

Parece que sim, dadas as condições em que se desenvolveu o ato que se inquina de ilícito.

[...]Por conseguinte, ainda que não declarada por sentença a sua interdição, forçoso reconhecer que não estava o paciente em condições de compreender a atitude ilícita dos atos praticados contra o autor" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 245.901, Relator Jonas Vilhena, 16 dez. 1975. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 485, p. 70-71, mar. 1976).

primeiros incisos do artigo 1.521 do Código Civil²⁰.

Partindo do princípio de que a disposição normativa da responsabilidade dos pais excepciona o princípio de ordem lógica, segundo o qual a pessoa responde pelos seus próprios atos danosos²¹, classifica-se esta responsabilidade como sendo derivada de fato de outrem.

Não obstante a responsabilidade provenha de um dano provocado por outra pessoa, a *ratio* do dever de indenizar não reside no fato de outrem, senão no fato próprio culposo do responsável, em virtude do descumprimento da obrigação legal que possuía de zelar para que o agente direto não cause danos a terceiros²².

Admite-se, neste sentido, que a proclamada responsabilidade imposta pelo Código Civil não é subsidiária e sim verdadeiramente direta, em razão do descumprimento dos deveres impostos pela relação de convivência social de vigiar as pessoas e as coisas sob a dependência da pessoa responsável²³.

No entanto, esta mesma doutrina se rende à designação convencional da responsabilidade dos pais como responsabilidade pelo fato de outrem, argumentando que a *“explicação se encontra quando nos perguntamos sobre quem é responsável, pois aqui está a diferença. Para tanto, a terminologia tradicional, apesar das precisões doutrinárias, não pode ser mais exata, pois o ato pelo qual respondem os pais é o ato de outrem”*.²⁴

²⁰ Art. 1.521. *“São também responsáveis pela reparação civil:*

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

II - O tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

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

²¹ CAMMAROTA, Antonio. **Responsabilidad extracontractual**. v. 2. Buenos Aires : Depalma, 1947. p. 440-1.

²² Neste sentido: CONSOLO, Giovanni Cesareo. **Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti**. Torino : Torinese, 1908. p. 337.

²³ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen Lopez. **La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos**. Madrid : Tecnos, 1988. p. 41.

²⁴ *Ibid.*, p. 49. No original: *“[...]La explicación se encuentra cuando nos preguntamos sobre ‘quién’ es responsable, pues aquí está la diferencia.*

Por lo tanto, la terminología tradicional, a pesar de las precisiones doctrinales, no puede ser más exacta, pues el hecho del que responden los padres es el hecho de otro” (*Ibid.*, p. 49 - tradução livre).

Equívocada, contudo, a justificativa apresentada, desde que há na responsabilidade civil dos pais dois atos, o primeiro do agente direto e o segundo do agente indireto, sejam comissivos ou omissivos. Malgrado aparentemente o agente indireto responda pelo ato do agente direto, em verdade ele também responde por ato próprio de infringência dos deveres ligados ao poder parental, tanto deixando de cumpri-los como os fazendo irregularmente.

Ratificando este entendimento, encontra-se a manifestação de Adriano de CUPIS, segundo o qual a responsabilidade de terceiro decorre de duas causas: a primeira, pelo fato da pessoa incapaz de entender e querer e, a segunda, pelo fato negativo do sujeito responsável no exercício do dever vigilância que impediu o ato do incapaz²⁵.

Independente da duplicidade de causa, a responsabilidade restará para o sujeito autor da conduta indireta, uma vez que o autor da conduta direta, via de regra, não responde pelos seus atos em virtude da lei lhe retirar esta condição pessoal para tanto.

Por esses motivos, incorreto falar que a responsabilidade dos pais seja uma espécie de responsabilidade por fato de outrem, salvo se visar diferenciá-la daquela em que o responsável causou imediatamente o dano, diversamente da responsabilidade dos pais em que somam-se a conduta mediata do genitor e a conduta imediata do filho produtora do dano.

Pelo todo o exposto no presente capítulo, estabelecido o vínculo de filiação, sendo inimputável o agente direto que integra este vínculo, respondem os pais por atos próprios que permitiram o ato direto e danoso do menor.

²⁵ CUPIS, Adriano de. **Il dano**. Milano : Giuffré, 1946. p. 308.

3 PRECEDENTES HISTÓRICOS E LEGISLATIVOS

A compreensão de qualquer instituto jurídico deve levar em conta o plano histórico correspondente, pois a constante evolução social propicia semelhante comportamento do instituto em si e do ramo do saber jurídico em que ele está inserido.

O Direito opera mediante a eleição de fatos tidos como relevantes para submetê-los ao seu regramento e proteção¹. O ramo do Direito Civil, seguindo esta regra, possui como nota marcante a *“historicidade, no sentido de uma formação ao longo do tempo, e a continuidade, com referência a um processo constante e uniforme de decidir”*.²

Em particular, o estudo da responsabilidade civil dos pais apresenta na sua história nuances tais que enseja tratamento em capítulo especial. Logo, este capítulo se desenvolve com a análise da antiguidade romana e idade média, passando ao Direito Civil clássico e deste ao ordenamento nacional, findando pelo estudo do Direito Comparado de alguns países escolhidos por amostragem.

3.1 ANTIGUIDADE E IDADE MÉDIA

O Direito brasileiro, tal como a maioria dos sistemas de Direito da América Latina, tem origem romanista³, de modo que o primeiro passo para compreender historicamente a responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos encontra-se na

¹ CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 24.

² AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. **O Direito**. Coimbra, ano 126, p.78, 1994.

³ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 1. ed. universitária. Rio de Janeiro : Forense, 1989. p. 53.

forma pela qual o Direito Romano disciplinava a matéria.

A base da família romana estava vinculada à autoridade do seu chefe⁴, o qual tinha atribuição preponderantemente religiosa, cabendo a ele o exercício do culto familiar. O poder do *pater familia* era tão realçado que gozava dos mesmos atribuídos aos reis e magistrados, desfrutando de uma espécie de soberania⁵.

Desta forma, caracteriza-se a família romana por não ter sua união fundada em laços de sangue, resultando num tratamento diferenciado da responsabilidade dos pais.

Genericamente a doutrina descreve a família romana como “*uma unidade coesa, pela qual responde, exclusivamente, o chefe do lar*”⁶, mas isso não autoriza que se dê as costas para as fases que marcaram a evolução do direito romano.

No período da Realeza (753 a.C. a 509 a.C.), ainda se aplicava a vingança privada dos povos primitivos, pela qual a reparação era obtida da conduta pessoal do lesado diretamente sobre o ofensor, até com o uso da força, se necessário.

Nessa época, os filhos obrigavam-se pessoalmente por seus delitos, não resultando em proveito para a vítima pela ausência de bens próprios, motivo pelo qual não poderiam eles pagar a pena.

A Lei das XII Tábuas (aproximadamente 450 a.C.), consagrando outra solução, previu a responsabilidade do pai pelo delito cometido pelo menor a mando ou autorizado, ou, diante da conduta voluntária do menor, deixando-o arcar com os efeitos do seu ato, com a entrega do culpado para a vítima ou o pagamento da pena correspondente.

A vítima movia a ação noxal, facultando ao demandado pagar a pena pecuniária (*litis aestimatio*) ou abandonar o autor do delito (*noxae dare del vedere*).

No período da República Romana (309 a.C. a 27 d.C.), surgiu a *actio legis*

⁴ Agnação era o termo utilizado para designar a submissão de todas os componentes da família à autoridade do “*pater familia*”.

⁵ KARAM, Munir. Da “*patria potestas*” e do abandono noxal. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 43, p. 11, jan./mar. 1988.

⁶ ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. Rio de Janeiro : Tupã, 1960. p. 24

aquiliae noxal, a qual apresentava diferentes alternativas no caso do filho não dispor de meios para indenizar a vítima, conforme a etapa do procedimento. Antes da contestação, o responsável tinha a obrigação facultativa de efetuar o abandono noxal ou o pagamento liberatório da indenização à vítima. Depois da contestação, de facultativa a obrigação transformava-se em alternativa, de abandonar ou de pagar a indenização. Por último, após a condenação, tornava a ser facultativa, pagando a pena pecuniária ou liberando-se com o abandono noxal ou indenizando a vítima⁷.

A *noxae* do filho não importava na sua alienação ao lesado, apenas na oferta de sua mão-de-obra para indenizar o prejuízo por ele causado⁸.

Na fase do Alto Império (27 d.C. a 284), passou a *noxae deditio* a ser meio de reparação pecuniária em vez de instrumento de *vindita*, separando-se a responsabilidade por dano causado pelo filho da responsabilidade pelo dano causado por escravo⁹.

No período do Baixo Império (284 a 566), o abandono noxal das filhas de família já não se praticava, sendo mais tarde definitivamente suprimido por Justiniano, o mesmo sucedendo com os filhos.

O Direito Romano pós-clássico (século III a VI), correspondente ao período que sucedeu à queda do Império, admitiu a aquisição de patrimônio pelo menor e, conseqüentemente, a sua responsabilidade direta¹⁰.

O resultado dessa evolução da obrigação de indenizar, passando da responsabilidade do filho sem patrimônio, à responsabilidade facultativa do pai, ao abandono noxal e à responsabilidade direta do menor, se fez presente na Idade Média e Moderna.

De acordo com GILISSEN, o antigo Direito do Império Romano continuou sendo

⁷ CARAMÉS FERRO, José. *Curso de derecho privado romano*. 5. ed. t. I. Buenos Aires : Emilio Perrot, 1949. p.189.

⁸ *Ibid.*, p. 189. A diversidade de tratamento da responsabilidade quanto ao escravo e ao filho, segundo a mesma doutrina, fazia com que o escravo fosse efetivamente submetido a um novo dono, transferindo a "propriedade dele" ao ofendido ou prejudicado como forma de reparação dos danos (*Ibid.*, p. 189).

⁹ KARAM, Munir. Da "patria potestas" ..., p. 14.

¹⁰ *Ibid.*, p. 15.

aplicado, salvo para estrangeiro¹¹. Manteve-se neste período da história, destarte, a responsabilidade tal qual foi concebida pelo Direito Romano em sua última fase¹², de modo que “o pai deixa de ter o direito de vida e de morte sobre os filhos, não conservando mais do que um direito de correção”,¹³ ficando a indenização a cargo do filho.

O Direito Romano de última geração, projetado e mantido durante a Idade Média e Moderna, foi reformulado no início do século XIX pelo chamado Direito Civil clássico.

3.2 DIREITO CIVIL CLÁSSICO

A união entre o jusracionalismo e o iluminismo provocou a primeira grande onda de codificações modernas, a saber: o Código prussiano (1794), o Código Civil francês (1809) e o Código Civil austríaco (1812)¹⁴.

O rompimento com o marasmo que a atingiu o instituto da responsabilidade civil dos pais durante a Idade Média e Moderna, uma vez que se passaram séculos com a mesma regulamentação, proveio da edição do Código Civil Francês em 1809, segundo o qual esta responsabilidade originava da infração presumida do dever de vigilância pela simples produção do dano.

No Direito francês, o artigo que trata da responsabilidade dos pais é o 1.384 do *Code Civil*, prevendo-se no parágrafo primeiro (§ 1º) a responsabilidade pelos fatos das pessoas sobre quem deve responder, além da responsabilidade por fato próprio.

No parágrafo quarto (§ 4º), por sua vez, dispõe expressamente sobre a responsabilidade dos pais pelos atos de seus filhos. Em sua primitiva redação, fixou

¹¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica do Direito**. Lisboa : Colouste Gulbenkien, 1986. p. 128-30.

¹² BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio poder : regime jurídico atual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 676, p. 80, fev. 1992.

¹³ GILISSEN, op. cit., p. 615.

¹⁴ AMARAL, Francisco. Racionalidade..., p. 68.

a responsabilidade do pai e, depois da morte do marido, a da mãe, pelos danos causados pelos menores que habitem com eles.¹⁵

A liberação da responsabilidade, segundo o parágrafo sétimo (§ 7º) do referido dispositivo, se daria por meio da prova da impossibilidade de impedir o fato do qual gerou o dano e a responsabilidade¹⁶.

Assim sendo, no Direito Civil clássico, a responsabilidade pelo ato do filho recaía na pessoa do pai, condicionada pela menoridade do ofensor e pela habitação conjunta, além da existência de dano unindo a conduta ao menor mediante o liame de causa e efeito.

O Direito Civil oitocentista, que se projetou sobre os Direitos Civis deste século, levou ao conjunto antes referido¹⁷ de transformações intituladas pela doutrina como “crise do Direito Civil”, em vista da constante necessidade de adequação das normas aos fatos sociais novos e mutações dos antigos.

O item seguinte, referente ao histórico do direito brasileiro, pretende confirmar essas transformações.

3.3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

O Código Civil, promulgado em 1916 e vigente em 1917, foi a primeira lei de lavra própria do legislador brasileiro que tratou sobre a responsabilidade civil dos pais.

A análise dos seus antecedentes e das suas influências e modificações

¹⁵ Art. 1384. *“On est responsable non seulement du dommage que l'on cause para son propre fait, mais encore de celui que est causé par le fait de personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.*

[...]

Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux”.

¹⁶ Art. 1384, § 7º: *“La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité”.*

¹⁷ Vide capítulo 1, seção 2.

posteriores é de grande importância.

3.3.1 Antecedentes do Código Civil

Ao surgirem os Códigos Civis clássicos do século XIX, estava em vigor no Brasil a Ordenação Lusitana Filipina.

Percorrendo a doutrina no intuito de localizar informações a respeito do tratamento dispensado pela Ordenação vigente antes do Código Civil, ao vínculo indenizatório dos pais, depara-se com o depoimento instigante de Lourenço Trigo de LOUREIRO, publicado na cidade de Recife no ano de 1857, que aponta a obrigação própria de o menor responder pelos seus danos com os bens que possuía, independente de serem legítimos ou não.

Relata ainda o autor que a obrigação de responder era transmitida aos pais no caso do ato do filho ter resultado em proveito deles, ou de indução pelo pai do filho a contratar e, por fim, se não previu o ato estando em sua companhia.

A satisfação do dano, todavia, quando promovida pelo pai, era procedida com os bens do filho enquanto possível, ou com os bens livres em caso de usufruto¹⁸.

¹⁸ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil brasileiro**. t. I. Recife : Universal, 1857. p. 29-30. Informa este doutrinador do século XIX que *“a primeira e principal obrigação dos pais é criar e educar seus filhos, quer legítimos, quer ilegítimos, porque a natureza, que impõe esse dever a todo aquelle, que foi causa da existencia de outra, não conhece essas diferenças”*.

E continua o Autor sua exposição, agora adentrando especificamente na responsabilidade civil dos pais: *“O filho-familia de idade legitima, promettendo, ou delinquindo, não obriga o pai civilmente, mas obriga-se a si proprio a respeito de todas as cousas; porquanto tem capacidade civil para se obrigar por seus actos licitos, e illicitos, e para por si e em seu nome estar em Juízo[...] O filho-familia porém, que ainda não completou a idade legitima, não se obriga civilmente pelos contractos, ou promessas, [...] obriga-se porém civilmente, isto é, os seus bens são sujeitos à satisfação do damno, no caso de fazer mal a outrem, qualquer que seja a sua idade[...]. O pai porém pôde ser demandado em consequencia de factos do filho, que está sob seu poder, nos seguintes casos: 1º se tirou proveito do acto do filho[...]; 2º, se o filho contractou por consentimento, e mandado do pai para alguma negociação, ou outro semelhante fim [...]; 3º, se ao filho, que está em parte remota por causa de estudos, se emprestou o necessario para os gastos do estudo, não sendo mais, que o que o pai lhe costumava dar[...]; 4º Quanto porém aos actos illicitos do filho, o pai [...] é responsavel civilmente pelas obrigações resultantes de taes actos nos seguintes casos: 1º, se induzio o filho a practicalos[...]; 2º se estando o filho em sua companhia, não prevenio o facto illicito, podendo[...]. Em todo o caso porém, em que o pai pode ser demandado por actos do filho licitos, ou illicitos, elle satisfaz a obrigação á custa dos bens do filho, em quanto isso for possível; primeiramente á custa dos bens livres, e não os tendo, ou não chegando, a custa, daqueles cujo usufructo lhe pertence, uma vez que fique sempre salva a substancia delles, se não lhe pertencer tambem propriedade[...].”* (Ibid., p. 30 - mantida a grafia original).

Em sentido inverso, o autor do projeto de Código Civil Brasileiro, Clóvis Beviláqua, assevera que o

A evolução desta escolha do legislador diante do dilema de fixação da responsabilidade pelos atos danosos dos menores, levou à promulgação do Código Civil.

3.3.2 Sistema¹⁹ do Código Civil

O Código Civil brasileiro, produto de sua época, teve formação eclética, com influenciando-se em questão de fundo pelo Código francês e, na de plano de trabalho, pelo do Código alemão.

O clima científico de rompimento que se estabeleceu no início do século, trouxe a necessidade, na elaboração do Código Civil, de se desvincular do direito anterior lusitano e, em conseqüência, abrir o ordenamento para novas influências. Como o Direito Civil francês era o direito alienígena mais valorado em virtude da sua maior divulgação e proliferação em outros países, o legislador brasileiro naturalmente lançou mão desse Código como modelo para leitura do Código Civil pátrio²⁰.

Essa situação preponderante do Código Civil francês inviabilizou que fosse adotado outro ordenamento como parâmetro para a nova legislação brasileira que necessitava ser elaborada.

Como a inédita codificação civil, pelos seus longos anos de tramitação no Congresso Nacional, já demonstrava que teria longa vigência, aparentemente o melhor critério seria aquele da idade do direito comparado. Deixou-se de atentar, todavia, para a questão de mérito, a fim de averiguar inovações em ordenamentos de outros países. Assim, legítima a crítica de que o nosso Código Civil tenha se baseado no Código de

direito anterior era idêntico ao compreendido no Código Civil (BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. II. Edição Histórica. Rio de Janeiro : Rio, 198-. p. 951).

¹⁹ A palavra “sistema” é aqui concebida com “o conjunto ordenado de elementos, marcados pela unidade, coerência e hierarquia. Unidade, no sentido de aglutinação desses elementos, normas, princípios e valores em torno de um princípio básico, geral e comum; coerência, como ligação entre si e ausência de contradição; hierarquia, no sentido de dependência e dedutibilidade lógica” (AMARAL, Francisco. Racionalidade..., p. 68).

²⁰ SILVA, Clóvis V. do Couto e. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 14, n. 40, p. 128-49, jul. 1987. p.128.

Napoleão de 1804, quando no ano de 1900 o Código alemão já tinha sido promulgado e em 1907 o Código suíço, ambos com superioridade em relação ao documento que o legislador nacional utilizou como espelho²¹.

Este fato foi bem compreendido por Pontes de MIRANDA quando informou não ser possível *“reivindicar posição entre os annos 1900-1912, nem, a fortiori, depois: o nosso lugar, se bem que de 1916 o nosso Código, é entre o Code Civil e o alemão. Fizemos, no Seculo XX, lei do seculo passado. Cumpre que a interpretação compense tal infelicidade, ou, pelo menos, a attenue”*.²²

Feito por homens atrelados à ideologia em vigor naquele período, o Código Civil representou um conjunto sistemático de normas valorativo das relações pessoais sob a ótica do capitalismo colonial, com manifesta preponderância do patrimônio²³, praticamente alçado à qualidade de sujeito de direito.

Disto resultou a manifesta tendência do Código Civil pelo patrimônio individual, de maneira que ele é creditado como *“produto de uma sociedade patriarcal de fim de século, e impregnado ainda de um individualismo jurídico que remonta às suas origens romanísticas”*.²⁴

No Direito de Família, esse posicionamento foi o responsável pela consagração do *“patriarcalismo doméstico da sociedade que o gerou, e que se traduzia no absolutismo do poder marital e no do pátrio poder”*.²⁵

Em sede de patrimônio, mostrou-se *“individualista por natureza, garantiu o direito de propriedade correspondente à estrutura político-social do país e assegurou ampla*

²¹ CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. t. I e II. Rio de Janeiro : Borsoi, 1957. p. 26.

²² MIRANDA, Pontes de. Das obrigações por actos illicitos. In: LACERDA, Paulo de. **Manual do Código Civil Brasileiro** : Direito das Obrigações. v. XVI. 3ª parte. t. I Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, 1927. p. 292 - mantida a grafia original.

²³ AMARAL, Francisco. Racionalidade..., p. 73.

²⁴ CAHALI, Yussef Said. A importância do instituto da guarda. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 133, p. 09, nov./dez. 1991.

²⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A evolução do Direito Civil brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 24, p. 80, abr./jun. 1983.

liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico".²⁶

Em sede de responsabilidade civil, esta tendência patrimonial do Direito Civil gerou o princípio geral de "não lesar outrem" - *neminem laedere* -, pelo qual a transgressão desse dever origina a obrigação de ressarcir²⁷.

Na responsabilidade civil dos pais, não discrepou o legislador da tendência patrimonial. Firmou, assim, o Código Civil, no artigo 1.521, inciso IV, a responsabilidade por culpa presumida pelos danos causados por atos dos filhos, que estejam na companhia deles.

Comparando-se a disposição que fez incidir sobre os pais a responsabilidade por culpa presumida pelos atos dos filhos, com as informações trazidas pela doutrina acerca do direito anterior ao Código, chega-se à conclusão de que ele promoveu um agravamento.

Tal se deve ao fato de que, antes da promulgação do Código Civil, vigia a responsabilidade dos próprios filhos, o que foi retomado só na década de 1990, com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁸, como será visto oportunamente.

Considerando a semelhança entre a regulamentação da sociedade mais antiga e a atual, a postura do legislador, ao estabelecer no Código Civil brasileiro a responsabilidade dos pais, é explicável pela atmosfera que envolvia o início do século,

²⁶ Ibid., p. 80.

²⁷ No âmbito extracontratual há um dever geral de não lesar e quando há transgressão desse dever geral, origina-se a obrigação de ressarcir (ANIBAL ALTERINI, Atilio. **Responsabilidad Civil**. 2. ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1969. p. 29; FRANÇA, Rubens Limongi. **Princípios gerais do direito**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1971. p. 192. RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Os princípios gerais do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, nº 22, p. 280. 1985).

Roberto LYRA FILHO destaca, com base em Cogliolo, que "*entre os princípios não codificados existe uma hierarquia de generalidade, até chegar ao cume do processo de abstração, e encontrar a ampla fórmula do neminem laedere...*". Depois, distingue duas categorias de princípios, os essenciais e os contingentes, atribuindo duas espécies aos essenciais, elementos primeiros de justiça e os elementos básicos que decorrem da natureza das instituições. E os elementos primeiros de justiça conceituados como "*aqueles que constituem o próprio fundamento do Direito Natural. Resumem-se no alterum non laedere...*". (LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. In **Coleção Primeiros Passos**. 11. ed. São Paulo : Brasiliense, 1990. p.192-202).

²⁸ Lei 8.069, de 13 jul. 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), art. 116: "*Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano ou por outra forma compense o prejuízo da vítima [...]*".

propondo-se a modificação urgente das Ordenações do Reino ao chamá-las de carunchosas e malfadando-as por terem sido *“elaboradas numa época em que imperavam discricionariamente os princípios do Direito Romano”*.²⁹

Lamentando o ordenamento jurídico então vigente e negando ao mesmo qualquer espécie de valor, disse a doutrina claramente que *“somente o Brasil continua a manter uma defeituosa legislação, que, desamparando totalmente a criança, engrossa as hostes do crime”*.³⁰

Esqueceram-se os legisladores e juristas das virtudes contidas nas Ordenações, tratando-as de forma única e equivocada como ultrapassadas, confundido a aparência com o conteúdo, não concatenando-as com as funções punitiva, indenizatória e de prevenção geral.

O descompasso do legislador com os anseios da sociedade foi se agravando desde a promulgação e findou na proliferação de leis tratando dos menores.

²⁹ SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. **O pátrio poder e a infância delinqüente**. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1914. p. 5.

³⁰ Ibid., p. 17. Afirma o doutrinador: *“É lamentavel que continuemos a viver subordinados a umas bolorentas leis que prejudicam consideravelmente os interesses da nação. Ha innumeros paes que possuem bons sentimentos, mas cujas quotidianas obrigações, fóra do lar, não lhes permitem cuidar seriamente de educação dos filhos.*

São obrigados a abandonar, pela manhã, os tugurios, indo buscar em arriscados e grosseiros serviços o parco sustento para si e sua família.

Sabemos todos nós de quanto é capaz a criança que começa a sentir o despontar da puberdade; atormentam-lhe o cerebro, algumas vezes doentios, desvairados pensamentos, calcinam-lhe o coração multiplos desejos.

Tem apenas uma unica preocupação: a de satisfazer a todas as ambições que lhe aguilhoarem a mente.

Nesta idade perigosa, em que os máos instinctos, combinados com um desejo louco de goso, irrompem brutalmente, o deferir á criança uma exaggerada liberdade, é, innegavelmente, uma crime de lesa-patriotismo.

As crises moraes que, em certos periodos da vida, torturam o homem, tornando-o um escravo inconsciente de determinados sentimentos, tem concorrido para o aumento dos hospedes dos manicomios e das penitenciarias.

As leituras morbidas que descrevem, em estylo colorido, os sacrificios e tormentos dos entes que amaram, e as que evocam as satumaes romanas e toda a sorte de orgias da antiguidade, são o catecismo de algumas centenas de rapazes, excitados pelo desabrochar da virilidade.

Comparecendo frequentemente aos centros viciados, cuja variedade de divertimentos seduz a mocidade, sempre à vida de prazeres, elles adquirirão habitos desregrados, que os conduzirão ás regiões do delicto.

Iniciados na vida dissoluta pelos espertos mandriões que desejam ver engrossadas as suas hostes - abyssus abyssum invocat, - os menores desvalidos enveredarão por caminhos tortuosos.

Vão assim accumulando materiaes para a obra ingloria que executarão futuramente [...]” (Ibid., p. 23-4 - mantida a grafia original).

3.3.3 Os Códigos de Menores

O Direito do Menor, enquanto ramo do Direito Civil, surgiu da necessidade de protegê-los adequadamente e da carência de autonomia científica, refletindo esta concepção na multiplicação de leis ordinárias, nomeadamente pelos Códigos de Menores de 1927 e de 1979.

Os Códigos de Menores, desta forma, representaram a resposta do legislador ordinário para os equívocos das regras do Código Civil. Segundo a doutrina:

[...] publicado o Código, tantos foram os problemas e os desafios da sociedade em mudança e tamanha foi a dificuldade do Código em se adaptar às novas exigências que foi necessário partir-se para adopção de leis especiais em ritmo crescente, tentando adequar os institutos tradicionais da sociedade civil (a pessoa, a família, a propriedade, o contrato e a responsabilidade civil) às novas contingências da sociedade industrial e tecnológica que se desenvolvia no Brasil em substituição do sistema colonial agrário da época da codificação.³¹

No plano teórico, esse movimento legislativo posterior ao Código Civil provocou o rompimento com a pretensão de ser um sistema unitário, estabelecendo *polissistema* com variedade de núcleos jurídicos fragmentados, dotados de princípios e regras próprias³².

No campo do Direito do Menor, o começo da proliferação legislativa provém da publicação, em 20 de dezembro de 1923, pelo Decreto nº 16.272, do Regulamento da assistência e proteção aos menores abandonados e delinquentes.

O artigo 24 desse Regulamento versou sobre a prática pelo menor de 14 anos de ato qualificado como crime ou contravenção, prevendo no parágrafo quarto a responsabilidade dos pais ou vigilantes, pelos danos causados pelo menor, salvo prova

³¹ AMARAL, Francisco. Racionalidade..., p. 75 - mantida a grafia original.

³² Ibid., p. 77.

de ausência de culpa³³.

Depois, o Decreto nº 5.083, de 1 de Dezembro de 1926 autorizou o Poder Executivo a consolidar as leis dos menores que, em virtude dessa autorização, baixou o Decreto 17.943-A, de 12 de Outubro de 1927, instituidor do Código de Menores.

Esse Código repetiu na íntegra a disposição do Regulamento, o fazendo no seu artigo 68 e parágrafo quarto. Não satisfeito, o legislador reiterou a mesma norma no artigo 74, retirando a menção do artigo anterior aos menores de 14 anos³⁴.

Os mencionados decretos seguiram o Código Civil francês quanto a presunção de culpa do responsável, abandonando a limitação à pessoa do pai para estender aos dois genitores e exigir a vigilância.

Aproveitaram os decretos para eliminar a incompatibilidade interna dos artigos 1.521 e 1.523 do Código Civil³⁵, a qual será analisada no capítulo 4.

³³ Art. 24. *“O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submittido a processo penal de especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações, registrando-as, sobre o facto punível e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes, ou tutor, ou pessoa em cuja guarda vida.*

[...]

§ 4º *São responsaveis, pela reparação civil do damno causado pelo menor, os paes ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilancia, salvo se provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia (Codigo Civil, arts. 1.521 e 1.523)” - mantida a grafia original.*

³⁴ Art. 68. *“O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submittido á processo penal de especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as sobre o facto punível e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes ou tutor ou pessoa em cuja guarda viva.*

[...]

§ 4º *São responsaveis, pela reparação civil do damno causado pelo menor os paes ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilancia, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia (Codigo Civil, arts. 1.521 e 1.523)” - mantida a grafia original.*

Art. 74. *“São responsaveis, pela reparação civil do damno causado pelo menor, os paes ou a pessoa a quem incumbia legalmente a sua vigilancia, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligencia (Codigo Civil, arts. 1.521 e 1.523)” - mantida a grafia original.*

³⁵ Art. 1.521. *“São também responsáveis pela reparação civil:*

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

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

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

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à concorrente quantia”.

Depois de aproximadamente cinqüenta anos, o legislador tornou a dispor sobre o Direito do Menor, entregando à comunidade o Código de Menores de 1979.

Neste Código, a matéria do vínculo indenizatório pelos atos dos menores ganhou nova disciplina, ficando estabelecido no artigo 103, sendo possível e pertinente, o juiz tentaria a composição do dano em audiência na presença do menor³⁶.

Segundo o Deputado Claudino Sales, em parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, a disposição existente no projeto do Código de Menores e que deu lugar ao artigo teve a finalidade de dispensar a ação cível e influenciar o comportamento do menor ofensor, razão pela qual a composição do dano deveria ser realizada perante ele.

Mesmo implicando a indenização ao ofendido, a medida do artigo 103 do Código de Menores, na verdade, visava à reeducação³⁷.

O dispositivo legal, todavia, não informou qual a pessoa que deveria indenizar, se o menor ofensor ou os pais deste. Preenchendo a lacuna, a doutrina, de modo geral, interpretou o dispositivo dando continuidade ao sistema de indenização pelos atos dos menores que atribuía o vínculo correspondente aos pais, isolados até quinze anos do filho e solidariamente de dezesseis a vinte e um anos de idade³⁸.

Todavia, segundo o princípio hermenêutico de que onde a lei não faz distinção o intérprete não deve instituí-la, permissível considerar o artigo 103 do Código de Menores como voltado a obrigar o menor ofensor a indenizar e, subsidiariamente, os

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

³⁶ Lei 6.697, de 10 out. 1979, Art. 103. *“Sempre que possível e se for o caso, a autoridade judiciária tentará, em audiência com a presença do menor, a composição do dano por este causado.*

Parágrafo único. Acordada a composição, esta será reduzida a termo e homologada pela autoridade judiciária, constituindo título executivo, nos termos da lei processual civil.”

³⁷ RAFFUL, José Carlos. O Código de Menores e a reparação do dano. In: CURY, Munir. **Temas de direito do menor**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p. 21.

³⁸ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários ao novo Código de Menores**. São Paulo : Sugestões Literárias, 1980. p. 157.

seus pais³⁹.

O Código de Menores de 1979, todavia, foi revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), o qual dispôs diferentemente sobre o vínculo indenizatório entre genitores e terceiros, cujo estudo será realizado no capítulo da exoneração da responsabilidade, uma vez que indiretamente este é o efeito da regra nova do Estatuto⁴⁰.

O breve conhecimento sobre a evolução do direito nacional sobre o tema permite que se passe ao estudo do direito comparado, a fim de analisar o comportamento da responsabilidade dos pais em outros países.

3.4 DIREITO COMPARADO

O Direito Comparado fornece para a responsabilidade civil dos genitores importante constatação de uniformidade no tratamento, divergindo-se mais na redação dos dispositivos.

Colheram-se as normas de países que influenciam doutrinariamente o estudo da responsabilidade civil dos pais e, por outro lado, resultam de um elenco determinado por amostragem, pois não se pretende esgotar aqui todos os sistemas de direito comparado.

Utiliza-se, portanto, dos direitos civis francês, italiano, espanhol, lusitano e argentino⁴¹.

³⁹ Nesta direção, a doutrina contemporânea: BARREIRA, Wilson. Comentários ao artigo 116. In: SIQUEIRA, Liborni. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro : Forense, 1991. p. 92.

⁴⁰ Estudada no capítulo 8, seção 4.

⁴¹ Na França, dispôs o Art. 1384: "*On est responsable non seulement du dommage que l'on cause para son propre fait, mais encore de celui que est causé par le fait de personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.*

[...]

Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants

Em primeiro lugar, interessa ver o aspecto subjetivo da responsabilidade, ou seja, se ela estabelece o vínculo para o pai ou para ambos genitores. Consideram os pais conjuntamente responsáveis, o Brasil (após reforma em 1990), a França, Itália, Espanha (após reforma em 1981), Portugal e Alemanha. A Argentina, ao contrário, mantém a forma antiga do Brasil e Espanha, ou seja, da responsabilidade do pai e, na sua falta, da mãe.

Quanto ao aspecto subjetivo do agente ofensor, mantém-se a menoridade como requisito expresso no Brasil, França, Espanha e Argentina. Diferentemente, na Itália exige-se ela somada à não emancipação e, em Portugal, a incapacidade natural.

Com respeito aos fundamentos, no Brasil e na Argentina requer-se o poder dos pais, em Portugal, a vigilância, nada se dispendo sobre os fundamentos na França,

mineurs habitant avec eux”.

Na Itália, o Livro quarto do Código Civil (Das obrigações), Título IX (Dos fatos ilícitos), dispõe sobre a responsabilidade dos pais no artigo 2048: *“Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante.*

I precettori e coloro che insegnano un mestiere o un'arte sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità solstante se provano di non aver potuto impedire o fato”.

Na Espanha, também o Livro quarto do Código Civil (De las obligaciones y contratos), título XVI (De las obligaciones que se contaen sin convenio) estabelece no artigo 1093, caput e parágrafo segundo: *“La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. [...] Los Padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda”.*

Em Portugal, o Livro II do Código Civil, Título I (das obrigações em geral), capítulo II (Fontes das Obrigações), seção V (Responsabilidade Civil), subsecção I (Responsabilidade por factos ilícitos), prevê no artigo 491º: *“As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido”.*

A Argentina, no Livro segundo do Código Civil (De los derechos personales en las relaciones civiles), seção segunda (De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extencions de los derechos y obligaciones), título IX (De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos), estabelece: Art.1114. *“El padre, y por su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, son responsables de los daños causados por sus hijos menores que estén bajo su poder, y que habiten com ellos, sean hijos legítimos o naturales”.*

Art. 1115. *“La responsabilidad de los padres cesa cuando el hijo ha sido colocado er un establecimiento de cualquier clase, y se encuentra de una manera permanente bajo la vigilancia y autoridad de otra persona”.*

Art. 1116. *“Los padres no serán responsables de los daños causados por los hechos de sus hijos, si probaren que les ha sido imposible impedirlos. Esta imposibilidad no resultará de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia, si aparecieses que ellos no habían tenido una vigilancia activa sobre sus hijos”.*

Itália e Espanha.

Em relação às condições, Brasil e Espanha exigem a companhia do filho com os pais, enquanto França, Itália e Argentina exigem a coabitação, sendo omissos o Código Português.

Quanto aos motivos exoneratórios, não há norma expressa nesse sentido no Brasil; França, Itália e Argentina consideram motivo de exoneração a inevitabilidade do dano; Portugal acrescenta a vigilância, enquanto a Espanha exonera em caso de diligência de bom pai de família.

O direito comparado expressa, portanto, a consonância parcial dos países analisados em sede de sujeitos indiretos, sujeitos diretos, fundamentos, condições e meios exoneratórios.

As divergências apresentadas apontam para uma similitude de tratamento, coincidindo no aspecto geral e divergindo em outros específicos.

4 FUNDAMENTOS ORDINÁRIOS DA RESPONSABILIDADE

A responsabilidade civil adota na teoria clássica a culpa como fundamento comum, servindo ela como embasamento teórico para gerar a obrigação de indenizar.

Todavia, referido fundamento de atribuição do vínculo indenizatório não é seguido estritamente pela responsabilidade civil dos pais, devendo-se encontrar aquele que diz respeito a ela. Tal desiderato oferece dificuldade surgida justamente da distância que ela mantém do alicerce clássico.

Refletindo esse desajuste, a doutrina construiu a tese de que os genitores respondem com base no dever geral de não lesar outrem, sustentando a assunção por eles de um dever externo de velar para que terceiros não sofram prejuízos¹.

Novamente expressando a divergência, localiza-se a opinião segundo a qual um dos fundamentos da obrigação dos genitores indenizar é a preocupação de encontrar um sujeito economicamente forte - solvente - para suportar o pagamento da indenização à vítima, uma vez que na normalidade dos casos não gozam os menores, autores diretos do dano, de meios suficientes para arcar com a indenização².

Construção interessante defende que a sustentação não resulta meramente do exercício do poder parental, mas sim da comunidade de bens que são atribuídos aos pais, de maneira tal que a responsabilidade seria uma contrapartida das aquisições promovidas pelo filho e em benefício do pai³.

¹ PONZANELLI, Giulio. **La responsabilità civile**. Bologna : Mulino, 1992. p. 10.

² ERNESTO SALAS, Acchel. **Estudios sobre la responsabilidad civil**. Buenos Aires : Valerios Abeledo, 1947. p. 118.

³ A. OTERO. Apud: GACTO FERNÁNDEZ, Enrique. **La filiación no legítima en el Derecho histórico español**. Sevilla : Universidade Hispalense, 1969. p. 155. Aprofundando o exame da matéria o autor afirma: "*Nota-se um matiz econômico mais ou menos acentuado, indício de que a responsabilidade paterna encontra sua razão última na falta de um patrimônio de que o filho seja titular*". No original: "[...] se aprecia un matiz económico más o menos acusado, indicio de que la responsabilidad paterna encuentra su razón última en la falta de un patrimonio del que el hijo sea titular" (Ibid., p. 156 - tradução livre).

A resposta para o impasse poderia estar no próprio Código Civil. No entanto, fazendo-se a leitura do artigo 1.521, inciso I, do referido diploma, descobre-se que novamente não se fala em culpa e lança-se mais um elemento ao mencionar unicamente a responsabilidade daquele que estiver em seu poder e companhia⁴.

A dificuldade de delimitação dos sustentáculos da responsabilidade dos genitores leva ao entendimento segundo o qual, pelas variadas opiniões doutrinárias, inexistente uma base unitária.

Em contrapartida, admite-se a responsabilidade dos pais com fundamentos plúrimos, divididos em duas categorias. A primeira, com os comuns, depois, a segunda, com os especiais ou individuais.

O presente capítulo trata dos primeiros, os quais, justamente por serem comuns, podem existir juntos ou separadamente em qualquer espécie de responsabilidade, não necessariamente na dos genitores.

A identificação desses fundamentos comuns provém da apreciação dos objetivos da responsabilidade que, segundo a doutrina, visa ressarcir compensatoriamente o lesado, induzir de modo geral que as pessoas procedam de modo seguro e, por último, punir, com uma sanção civil, o ofensor⁵.

Tais objetivos da indenização deram origem a três modelos de sustentação da responsabilidade civil.

O primeiro, proveniente do clássico Direito Civil do século XIX e início do século XX, considera a culpa como vinculação da vontade do ofensor ao seu fato ofensivo e faz derivar dela a responsabilidade civil.

O segundo modelo, originário da década de vinte e que galgou importância no decorrer do restante do século, dispensa a apreciação subjetiva para fazer derivar o vínculo indenizatório unicamente da conduta, do dano, do nexo de causalidade entre eles e da ilicitude, designando-se por responsabilidade civil objetiva.

O terceiro modelo, ainda em criação, adota determinada categoria de fatos como

⁴ Art. 1.521. "São também responsáveis pela reparação civil:
I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia".

⁵ PONZANELLI, op. cit., p. 25.

geradores inexoravelmente do dever de indenizar atendendo a função compensatória, oriunda da idéia de garantia.

A referência aos modelos, conjugada com a época de surgimento e domínio de cada um, revela que eles constituem em verdade teses de momentos diferentes. Na responsabilidade dos genitores, exprimem a mutação do instituto jurídico desde a concepção clássica, passando-se da culpa presumida para a objetiva e depois garantia, sem que um resulte no abandono do outro.

4.1 A PRESUNÇÃO DE CULPA

Tomada no sentido amplo, a culpa refere-se tanto ao dolo, enquanto vontade de prejudicar terceiro, quanto à culpa em sentido estrito, ou seja, inobservância do dever objetivo de cuidado na vida de relação.

Por culpa, deve-se entender a violação de um dever preexistente, de uma norma de conduta, cujo efeito é atribuir responsabilidade ao transgressor⁶. No caso da responsabilidade extracontratual, o dever infringido é o de não lesar a outrem, enquanto para a responsabilidade contratual, o dever violado decorre diretamente do acordo de vontades.

Aplicando-se essas noções para a responsabilidade dos genitores, constata-se que só excepcionalmente haverá dolo deles pelo ato danoso praticado pelo filho, pois dependeria de terem provocado intencionalmente o filho para praticar a conduta danosa⁷.

A doutrina tradicional da responsabilidade civil prefere a culpa como fundamento,

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991. p. 23.

⁷ Na pesquisa jurisprudencial efetuada não foi encontrado nenhum precedente de dolo dos pais e mesmo que haja, em tal caso não restaria dúvida da responsabilidade deles, pois provado o dolo, igualmente resultaria provado o descumprimento de todos os deveres a eles impostos.

tendo por consequência desta predileção o predomínio no Código Civil⁸.

A culpa constitui a base clássica da responsabilidade. Afirmava-se que se a lei silenciava e onde quer que ela silencie, a aplicação do princípio da responsabilidade com base na culpa se justificava no sentimento de justiça e punição, facultando ao juiz fixar a responsabilidade estruturada na culpa, dentro dos seus lógicos limites⁹.

Defende a doutrina exprimir a culpa um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente: o lesante, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo. É um juízo que assenta nonexo existente entre o fato e a vontade do autor¹⁰.

O estabelecimento do juízo de reprovação, vinculando o fato à vontade do autor, passa pela aferição do grau de diligência exigível, o que se obtém mediante a comparação da conduta do ofensor com a que teria o homem padrão.

A aferição da culpa dos pais, assim sendo, deve ser feita abstratamente¹¹, comparando-se a conduta dos agentes titulares do poder parental com a que teriam os titulares médios se estivessem diante das mesmas circunstâncias¹².

Todavia, a construção teórica da culpa esbarra no seu defeito intrínseco: por dizer respeito à vontade do agente tem-se a culpa como elemento subjetivo, embora o procedimento para a sua aferição seja objetivo, extraído da comparação da conduta do ofensor com as exigências abstratas padronizadas¹³.

⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Forense : Rio de Janeiro, 1994. p. 46.

⁹ LOPES, Miguel Maria de Serpa. **A culpa como fundamento da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro, mar. 1953. Tese apresentada para o concurso de livre docência da cadeira de direito civil - Faculdade de Direito, Universidade do Brasil. p. 7-8.

¹⁰ VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. v. I. 7. ed. Coimbra : Almedina, 1991. p. 559

¹¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo II. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970. p. 258.

¹² MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. v. II, t.I; Buenos Aires : Europa-América, 19--. p. 74-5. A culpa não deve ser apreciada em concreto, considerando o estado interno do agente, e sim em abstrato, comparando a conduta do demandado com a de outra pessoa na mesma circunstância: analisar a culpa civil em concreto é confundir responsabilidade civil e penal. A apreciação em abstrato da culpa civil conduz a exigir a responsabilidade do indivíduo privado de discernimento, independente da vontade pessoal de quem infringe as regras da conduta (Ibid., p. 103-10).

¹³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade...**, p. 48-9.

Esse defeito não impediu, contudo, que a culpa em sentido estrito fosse um dos fundamentos comuns da responsabilidade dos pais, cumprindo saber qual a modalidade de culpa¹⁴ que se aplica à responsabilidade dos genitores pelos atos dos filhos.

Recorrendo-se ao Código Civil para solucionar a questão, depara-se com a redação flagrantemente antagônica dos artigos 1.521 e 1.523¹⁵, o que instou a exegese pelos tribunais e doutrinadores, até alcançar uma compreensão majoritária dos dispositivos.

O primeiro nada fala sobre a prova da culpa, enquanto o segundo é expresso no sentido de exigí-la do ofendido, não obstante os antecedentes do Código Civil indicassem a preferência pela presunção de culpa, tendo restado incongruentes os dispositivos com essa tendência da época de elaboração do Código.

O projeto primitivo, conforme ensina Pontes de MIRANDA, acatava esta inclinação para a culpa presumida no artigo 1.646: *“Cessa a responsabilidade das pessoas mencionadas nos dois artigos antecedentes, provando-se que empregaram, por si ou por seus representantes, toda a diligencia e tomaram todas as precauções para evitar o damno”*.¹⁶

Em decorrência de emenda apresentada ao projeto inicial, resultou na presunção de culpa do 1.817 do projeto revisto: *“Cessa a responsabilidade das pessoas*

¹⁴ Quando se menciona “culpa”, esta-se referindo à culpa no sentido estrito, ou seja, a culpa propriamente dita e não o dolo.

¹⁵ Art. 1.521. *“São também responsáveis pela reparação civil:*
I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia;
II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
III - o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522);
IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até à concorrente quantia”.

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

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. Das obrigações por actos illicitos. In: LACERDA, Paulo de. **Manual do Código Civil Brasileiro** : Direito das Obrigações. v. XVI. 3ª parte. t. I Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, 1927. p. 382-424 - mantida a grafia original.

mencionadas nos dois artigos antecedentes, excepto as mencionadas no n. 5, provando ellas que empregaram, por si ou seus representantes, toda a necessaria diligencia e precauções para que o damno se não dêsse.¹⁷

Na Câmara, após emenda apresentada à redação anterior, assumiu outra forma, sem alterar a questão de fundo: *“Não serão responsaveis as pessoas de que tratam os dois artigos antecedentes, excepto as mencionadas no n. 5, provando ellas que empregaram por si ou seus representantes, toda a necessaria diligencia e precauções para que o damno se não dêsse*”.¹⁸

No Senado, foi melhor corrigido o dispositivo com o artigo 1.525 do parecer de Ruy BARBOSA, novamente mantendo a culpa presumida: *“Exceptuadas as do artigo 1.523, n. V, não serão responsaveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.524, provando que empregaram, por si ou seus representantes, toda a diligencia e precaução necessárias para evitar o damno*”¹⁹.

A variação entre o projeto e o Código Civil, que mudou a presunção de culpa até então prevista, é atribuível à emenda do Senado, de autoria do Senador Munis FREIRE: *“Exceptuadas as do artigo 1.523, n. V., só serão responsaveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.524, provando-se que ellas concorreram para o damno por culpa ou negligencia de sua parte*”²⁰.

A tramitação do projeto do Código Civil leva à conclusão de que o anacronismo dos artigos 1.521 e 1.523 proveio dos diferentes interesses envolvidos. O primeiro, derivado da recepção pelo Direito da teoria clássica da responsabilidade dos genitores; o segundo, originário da adoção do princípio dominante na época de responsabilidade por culpa.

Em consequência dessa incompatibilidade lógica, a doutrina travou debate febril até fornecer uma exegese que mantivesse a presunção do artigo 1.521 mesmo com a

¹⁷ Ibid., p. 382 - mantida a grafia original.

¹⁸ Ibid., p. 382 - mantida a grafia original.

¹⁹ Ibid., p. 383 - mantida a grafia original.

²⁰ Ibid., p. 383 - mantida a grafia original.

redação do artigo 1.523.

A título de exemplo, J. M. de Carvalho SANTOS utilizou o argumento de que, malgrado o artigo 1.523 fosse redutor e explicativo da norma do 1.521, não excepcionalizava a responsabilidade por culpa própria²¹. E prossegue sua construção dizendo não haver exigência de responsabilidade própria do autor direto do dano, à medida que *“se pressupõe que o fato do autor do dano só se deu porque a atitude de inércia, negligência ou tolerância do responsável o permitiu, pressupondo a omissão do cumprimento dos deveres”*.²²

Pontes de MIRANDA preferiu dizer que *“se o artigo 1.521 criou presunção vencível de culpa, e se a presunção é meio de prova (art. 136, V), o que se pode concluir é que, dada a situação figurada naquele artigo, a prova exigida no art. 1.523 já está satisfeita”*.²³

Solução engenhosa foi apresentada por Orizombo NONATO, ao defender que o artigo 1.523 apenas relativizava a presunção de culpa prevista no artigo 1.521²⁴.

Silvio RODRIGUES firmou posição no sentido de que a intenção do legislador seria de não haver presunção para todos os responsáveis do artigo 1.521 do Código Civil, deduzindo que o ofendido não estaria encarregado só de provar um comportamento culposo do menor causador do dano, como da mesma forma deveria proceder em relação ao responsável pelo menor²⁵. Tal conclusão é extraída pelo autor na premissa de que, sabendo o legislador que o artigo 1.523 tratava originalmente da culpa presumida do patrão, teve ele o desejo de rejeitar esta orientação e seguir aquela do texto do Código Civil que exige a culpa para todos²⁶.

²¹ SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado**. 6. ed. v. XX. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1956. p. 265.

²² Ibid., p. 266.

²³ MIRANDA, **Tratado de...**, p. 142.

²⁴ NONATO, Orizombo. Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXXIII, p. 372, jun. 1940.

²⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** : Responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 62.

²⁶ Ibid., p. 64.

Confirmação melhor do conflito lógico que o legislador impôs ao jurista para dissolver o embaraço se extrai da afirmação de Mário Moacyr PORTO, segundo o qual, “se o lógico conduz a uma situação abstrusa, impõe-se substituir o lógico pelo razoável”, por isso o artigo 1.523 foi reescrito para concluir pela presunção de culpa em relação às pessoas a quem se atribui um dever de guarda e vigilância²⁷.

Tratando de por fim ao impasse lógico-legislativo, ao menos em relação aos genitores, o Decreto nº 16.272, de 20 de dezembro de 1923, fixou a presunção de culpa²⁸.

Depois, o Decreto nº 5.083, de 1 de Dezembro de 1926, autorizou o Poder Executivo a consolidar as leis dos menores que, em virtude dessa autorização, baixou o Decreto 17.943-A, de 12 de Outubro de 1927, o qual instituiu o Código de Menores e tornou a repetir a responsabilidade dos genitores por culpa presumida²⁹.

Tornando novamente conflituosa a questão, como se não bastasse a angústia exegética anterior, o Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979), revogou expressamente o Código de Menores de 1927 e, para infortúnio dos doutrinadores e tribunais, não renovou o dispositivo que asseverava a culpa presumida dos pais. Isso motivou a interpretação de que se havia tornado novamente exigível da vítima a prova da culpa.

Entretanto, em vista de inexistir o instituto no Direito brasileiro³⁰, “a revogação expressa do Código de Menores de 1927 pelo novo Código de Menores de 1979 não reprecinhou o artigo 1.521, inciso I, do Código Civil”,³¹ seja porque a Lei de Introdução ao Código Civil veda expressamente, seja porque o Código de Menores nada

²⁷ PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos menores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 55, p. 12, jan. 1982.

²⁸ Vide capítulo 3, seção 3, parágrafo 3.

²⁹ Vide capítulo 3, seção 3, parágrafo 3.

³⁰ Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942) art. 2º, § 3º: “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade** ..., p. 98.

esclareceu, considerando-se que o contrário seria um retrocesso inadmissível³².

Firmou-se, dessa maneira, aquilo que desde o início parece ter sido o sentido da lei, ao menos no plano lógico, de fazer os pais responderem por culpa presumida pelos atos danosos dos filhos³³.

Visando identificar o que implica essa presunção de culpa, indispensável conceituá-la, a qual, expõe Serpa LOPES, consiste num “*processo de raciocínio que,*

³² AZEVEDO, Antonio Junqueira. Responsabilidade civil dos pais. In: CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 59.

³³ Ilustrando esta evolução histórica da culpa presumida dos pais, encontra-se a decisão abaixo transcrita do Superior Tribunal de Justiça: “*CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DOS FILHOS. MENOR PÚBERE. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. CULPA IN VIGILANDO. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. SOLIDARIEDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.518, PARÁGRAFO ÚNICO, CC. RECURSO NÃO CONHECIDO.*

I - Consoante entendimento jurisprudencial, os pais respondem pelos atos ilícitos praticados pelos filhos, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano.

II - A presunção da culpa beneficia a vítima, cabendo aos pais a ônus da prova.

[...]

A questão da responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos praticados pelos filhos sofreu alterações desde a edição do Código Civil. Dizia o art. 1.523 desse diploma que os pais somente responderiam pelo ato ilícito do filho quando ficasse provada a culpa ou negligência daqueles com relação à guarda e vigilância destes. Vale dizer, demonstrado que o ato praticado pelo filho não havia decorrido da omissão de seus pais no dever de vigilância, estavam estes exonerados da responsabilidade decorrente do ato danoso.

Todavia, com o advento do antigo Código de Menores, instituído pelo Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, a sistemática adotada pelo Código Civil sofreu significativa alteração, na medida em que o § 4º, do art. 68 do referido Decreto criou uma presunção de culpa dos pais pelos atos ilícitos realizados pelo filho [...].

Destarte, a sistemática anterior foi modificada, determinando-se, em decorrência da presunção juris tantum criada pelo Decreto, a inversão do ônus da prova que, anteriormente, cabia à vítima do dano.

Sucedendo, entretanto, que o Decreto n. 17.943-A veio a ser expressamente revogado pela Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, instituidora de um novo Código de Menores que, por seu turno, nada dispõe sobre a matéria.

Assim, surgiu um vácuo na lei sobre o tema, levando-se em consideração não ter a revogação do Código de Menores de 1927 restabelecido a vigência do art. 1.523, CC, haja vista que a Lei revogada não se restabelece por ter a lei revogadora perdido a vigência (LICC, art. 2º, § 3º). Nesse quadro, entendeu a doutrina majoritária que a matéria passou a ser regulada pelo art. 1.521 do diploma civil, segundo o qual a responsabilidade civil dos pais com relação aos filhos é objetiva, não mais existindo a chamada presunção de culpa [...].

Conquanto tal entendimento tenha se fortalecido, não se pode dar ao mesmo o rigor pretendido, uma vez que há hipóteses em que a responsabilidade do pai pode comportar a prova em contrário, elidindo a responsabilidade objetiva no que tange aos atos ilícitos praticados pelos filhos [...].

Destarte, forçoso é convir que a melhor exegese está em atribuir à responsabilidade civil dos pais uma presunção juris tantum de culpa, possível de ser elidida quando demonstrado que não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Assim sendo, em tais casos, se os pais demonstrarem que não faltaram com o dever de vigilância, estarão exonerados de ressarcir os danos causados pela conduta ilícita de seus filhos. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 13.403-0, 6 dez. 1994. LEX : JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS. São Paulo, n. 71, p. 79-83, jul. 1985).

partindo de um fato conhecido, permite escolher entre as hipóteses em presença para não preferir senão a mais provável dentre elas".³⁴

Por presunção, deve-se entender ser o *"convencimento antecipado da verdade provável a respeito de um fato desconhecido, obtida mediante fato conhecido e conexo"*.³⁵ As presunções enquanto criações indutivas para assegurar a realização do direito, são utilizadas quando a falta de prova obsta o alcance desta finalidade³⁶.

No que pertine à responsabilidade dos genitores, o obstáculo do lesado obter indenização encontra-se na dificuldade de ele provar a culpa dos genitores no exercício de seus deveres, por ser razoável que desconheça o cotidiano da família do agente ofensor.

Logo, admite-se que aos pais é mais fácil trazer aos tribunais os dados que permitam avaliar a falta ou não de vigilância do que para a vítima³⁷. A razão comum para a presunção, sendo assim, decorre da dificuldade de comprovação do fato que se quer conhecer por meios diretos ou, no caso da responsabilidade dos genitores, do defeito no cumprimento dos deveres³⁸.

Depara-se com opiniões diferenciadas, no entanto, para a presunção de culpa dos genitores. Em tal direção, afirma GIORGI:

A presunção de culpa é norma de justiça natural, pois não impede a prova em contrário. Qual seria o juiz que não presumiria a culpa do pai pelo fato ilícito do menor cometido sob os olhos do responsável... Para as poucas hipóteses que se pode excluir a culpa, então há a faculdade de escusar o responsável mediante a prova de não ter podido impedir o

³⁴ LOPES, **A culpa...**, p. 16.

³⁵ COVELLO, Sérgio Carlos. **A presunção em matéria civil**. São Paulo : Saraiva, 1983. p. 19.

³⁶ Esclarece COVELLO: *"a causa da presunção, isto é, o motivo que leva o espírito a presumir é que o fato que se quer conhecer é, na maioria das vezes, inatingível ou de difícil comprovação por meios diretos. Por isso é que ele se presume, quer dizer, se admite como verdadeiro, sem demonstração de sua atualidade"* (COVELLO, op. cit., p. 23).

³⁷ MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC. v.II, t.I, ob. cit., p. 526.

³⁸ COVELLO, op. cit., p. 23.

fato danoso³⁹.

Em outra linha, compreende Alvino LIMA que a presunção se impõe, principalmente, por ser pouco provável que a pessoa obrigada a vigilar, diante de condições normais, não possa cumprir o seu dever eficazmente, daí ser justo, alega-se, a culpa presumida, porque dos menores espera-se a produção de danos. A tutela⁴⁰ da vítima viria, desta forma, da inversão do ônus da prova⁴¹.

Dessa maneira, da obrigação imposta pela lei aos pais de educar e vigilar bem a prole, extrai-se a presunção de que os atos ilícitos cometidos pelos filhos sejam provenientes de uma culpa prévia dos pais que deu condição ao cometimento do ato e produção do dano⁴².

Originada a presunção do convencimento generalizado do legislador sobre um fato, necessário que este seja verossímil. Na responsabilidade dos genitores, a verossimilhança advém da suposição de que, se tivessem eles agido diligentemente, o dano não teria sido produzido. A presunção nasce do convencimento generalizado do legislador⁴³.

O surgimento da presunção de culpa condiciona-se seja provada a relação de parentesco, o vínculo de subordinação entre filho causador do dano e os pais⁴⁴, bem

³⁹ GIORGI, Giorgio. **Teoria delle obbligazioni** : nel Diritto Moderno Italiano. 7. ed. Firenze : Fratelli Cammelli, 1909. p. 423. No original: *“ma non siffattamente rigoroso da scostarsi bruscamente dalle norme di giustizia naturale, finchè si restringe a sanzionare presunzioni legali di colpa, che non chiudono l'adito a prova contraria. Quale infatti sarebbe il giudice, che non presumerebbe la colpa del padre, della madre [...] nel fatto illecito del minore, comesso sotto gli occhi di costoro, o almeno quando avrebbe potuto impedirlo? [...] Alle poche ipotesi poi, in cui non si possa veramente per qualche eccezione parlare di colpa, provvede la facoltà di scusarsi rilasciata dalla legge ai padri [...], concedendo la prova di non aver potuto impedire il mal fatto”* (Ibid., p. 423 - tradução livre).

⁴⁰ Substantivo utilizado no sentido de defesa, amparo, proteção. Diferentemente, portanto, do instituto jurídico da “tutela” disciplinado no Capítulo I, do Título VI, do Livro I, da Parte Especial, do Código Civil.

⁴¹ LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro : Forense, 1973. p. 46.

⁴² CAMMAROTA, Antonio. **Responsabilidad extracontractual**. v. 2. Buenos Aires : Depalma, 1947. p. 490-1.

⁴³ Ibid., p. 54.

⁴⁴ KARAM, Munir. Responsabilidade civil dos pais pelo fato do filho. In: FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo, v. 65, p. 400, 1977.

como o exercício da guarda⁴⁵.

Levando-se em consideração que a presunção de culpa enseja a admissão em juízo de um fato de existência duvidosa como provado, ressalvada a prova em contrário, situa-se a presunção de culpa dos pais entre as chamadas relativas, ou seja, passível de ser elidida, diversamente das presunções absolutas que inadmitem e das presunções intermédias que só permitem o afastamento mediante as provas taxativamente previstas na legislação.

Os pais devem estar conscientes da irreflexão dos menores e, por isso, se extremarem na formação e educação, evitando que fiquem a seu alcance a possibilidade de manejo de instrumentos perigosos se realmente não conquistaram aqueles a maturidade e perícia necessárias⁴⁶.

O acolhimento da culpa na forma presumida extraiu a responsabilidade dos pais da regra geral de culpa comum; assim, a prova da negligência do agente causador do dano não incumbe à vítima.

Considerando, todavia, que o saber jurídico deixou a postura exclusivamente teórica passando a adotar a concepção social de sistema aberto, justifica-se a exemplificação da aplicação prática desta presunção relativa⁴⁷.

Nessa direção, situa-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, apreciando caso de enucleação de olho de menor, provocada por pedra atirada por outro, sustenta a responsabilidade dos genitores do ofensor instantaneamente, utilizando a presunção de culpa⁴⁸.

⁴⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Responsabilidade..., p. 65.

⁴⁶ SOTO NIETO, Francisco. **La responsabilidad civil derivada dei ilicito culposo**. Madrid : Montecorvo, 1982. p. 174.

⁴⁷ AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. **O Direito**. Coimbra, ano 126, p. 78, 1994.

⁴⁸ *“Consumado um ilícito por um incapaz, dele automaticamente deflui presunção de culpa ‘in vigilando’ de seus responsáveis legais. Tão-só não responderão estes por indenização caso cumprida e convincentemente patenteiem que se não houveram com a menor falha, notadamente, sob o prisma da referida negligência ‘in vigilando’.*

[...] No que tange ao mérito da causa, não há como negar-se estar desenganadamente comprovado jungir-se a lesão sofrida pela menor, que perdeu uma das vistas, a uma pedrada (v. fls.). Era o menino, filho do réu, que se achava próximo à menor logo após o caso (fls.) e não fora ele o autor do lançamento

Destacando a presunção de culpa, o voto vencido prolatado em outro acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, considerou presumidamente responsável o pai pelo ato do filho menor que jogou cigarro de palha na beira de uma picada, dando origem a incêndio de grandes proporções que causou prejuízo ao proprietário das terras atingidas⁴⁹.

Embora seja presumida a culpa, como se deduz das decisões mencionadas, a vítima atingida pelo ato do menor pode dispensar a presunção e preferir provar a culpa para efeito de responsabilizar os genitores.

Demonstrando essa faculdade do ofendido, o Tribunal de Justiça do Paraná, julgando homicídio praticado por menor contra outro menor, condenou o pai do ofensor solidariamente com base na sua culpa no exercício dos deveres de educação e vigilância, não se valendo do argumento da presunção, o que ressalta tratar-se a culpa

da pedra, e seu genitor jamais teria assinado o 'acordo' de fls., na qualidade de pai do traquinas, de apenas quatro anos de idade [...]." (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 250.926, Relator Azevedo Franceschini, 23 maio 76. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 485, p. 77-8, mar. 1976).

⁴⁹ Declaração de voto vencido de Fábio de Souza Queiroz: *"Discordando deste apenas quanto à extensão da responsabilidade pelos danos discutidos nos autos, nela incluí os dois apelantes, confirmando a sentença que os condenou.*

Não achei salvo de seu peso José Marques Filho, ao contrário do que julgou a maioria da Egrégia Turma Julgadora. Isto porque tenho sempre entendido, como apoio na jurisprudência atualmente dominante, que se presume a responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos de seus filhos menores, mantidos sob o seu poder e em sua companhia. É o que explica Pontes de Miranda, citado por Carvalho Santos em comentários ao art. 1.523 do Código civil: 'O laço de vigilância a que impropriamente chamou o art. 1.523, é que dá origem à opinião de que não há presunção de culpa contra as pessoas do art. 1.521. Mas essa, na verdade, existe. Com efeito, não vemos proveito nenhum do art. 1.521, se não a encerra: porque escusado era que dispusesse sobre uma responsabilidade que os princípios gerais já tinham consignado e não se aplicam somente àquelas pessoas do art. 1.521, mas a todas que causarem danos a terceiros"... "O ato ilícito da pessoa de cuja guarda, vigilância, educação, escolha ou fiscalização, esteja encarregada qualquer das pessoas designadas nos arts. 1.521 e 1.522, pressupõe a omissão, por parte de qualquer dessas pessoas, do dever de guarda, vigilância, educação, escolha ou fiscalização. A culpa emerge desta circunstância, dessa falta à obrigação. A responsabilidade não exige fato das pessoas aludidas: a sua culpa é própria, porque a atitude de inércia, negligência ou tolerância do responsável o permitiu".

Focalizando, todavia, especialmente a espécie de co-responsabilização versada nos autos, o "Código de Menores", no § 4º do art. 68, onera os pais com o ônus da prova de que não tiveram a culpa do mal praticado pelos filhos menores, se querem livrar-se de pagar patrimonialmente por ela.

*Ora, na hipótese, não vi conseguida tal prova por José Marques Filho. Pelo contrário. As circunstâncias até corroboram a presunção de sua culpa no incêndio pelo filho provocado. Lavrador embora, não parece que tenha ele sabido, por meio de adequada educação, como lhe era obrigatório, desviar José Marques do péssimo e sabidamente perigosíssimo hábito de atirar cigarros acesos, principalmente de papel, como o de que no caso se trata, em pastagens ressequidas pelo estio" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 79.164. Relator Designado O. A. Bandeira de Mello, 03 fev. 1962. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 276, p. 211-6, out. 1958).*

presumida de um benefício a favor da vítima que pode utilizá-lo ou não⁵⁰.

Da mesma forma como os tribunais podem deixar de utilizar a presunção de culpa, também existem casos em que se lançou mão da responsabilidade objetiva escondida na sustentação da condenação por culpa presumida.

Em tal sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando caso no qual uma menor dirigindo caminhão, acompanhada de seu pai, prensou contra muro outro menor, causando-lhe o falecimento, sobrando nos autos elementos para caracterizar a culpa ou se utilizar da presunção, considerou que a culpa presumida não foi afastada por demonstração de caso fortuito e força maior⁵¹.

Corroborando ainda mais, sustenta a doutrina que *“a prova de não haver podido impedir o fato, idônea a liberar o genitor, deriva do fato positivo de haver efetuado tudo quanto era possível e imaginável para obstar a produção do dano. Isto é, na prática, a*

⁵⁰ *“Responsabilidade civil. Morte de filho menor. Homicídio . Autor também menor. Responsabilidade solidária do pai. Não cumulação do dano moral. Recurso provido em parte.*

O filho menor em decorrência de ato ilícito, causando danos a terceiros, impõe a estes, prejuízos e com apoio na regra do art. 1.521, inciso I, do Código Civil, podem obter do pai a necessária reparação. Por atos ilícitos cometidos por menores, entre os 16 e 21 anos de idade, os pais são solidariamente responsáveis quanto ao ressarcimento civil, segundo flui do enunciado no parágrafo único do art. 1.518 do CC.

[...] A culpa pela falta de vigilância ficou ressalvada na sentença, pois sabia o apelante que outros atos graves havia seu filho praticado e conforme orientação médica, era necessário dispender tratamento por longo tempo, com a participação ativa dos pais no dia a dia.

*Não obstante tivesse algumas vezes tentado submeter o filho ao tratamento médico, não nega que as fugas do lar eram constantes e nesses períodos, resulta dos autos, que providência alguma tomou para localizá-lo ou mesmo no sentido de fazer ciente a autoridade policial, mesmo sabendo ser portador de periculosidade. Depois da prática do homicídio e fuga subsequente do menor, é que adotou medidas de comunicação, fato que anteriormente nunca havia feito” (PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 936/87, Relator Luiz Perrotti, 23 ago. 1986. **Paraná Judiciário**, Curitiba, v. 28, p. 44-5, 1988).*

⁵¹ *“RESPONSABILIDADE CIVIL - Desastre - Morte - Menor imprensado contra muro por carroçaria de caminhão - Veículo dirigido por menor e a ele entregue por seu pai - Obrigação deste de indenizar - Ação procedente - Decisão confirmada.*

[...]

*No caso vertente, porém, outra razão mais poderosa leva o réu a ser responsabilizado pelas infaustas conseqüências da imperícia de sua filha. A sua condição de pai, implicando na responsabilidade pela reparação civil, pelos filhos menores que estiverem sob o seu poder ou em sua companhia (art. 1.521 do Código Civil). [...] No caso concreto, não existe dúvida que Zulmira, menor de 16 anos (fls.), sob guarda e companhia do réu, praticou a infração culposa por imperícia. A culpa presumida do réu não foi afastada por demonstração de caso fortuito ou força maior. E, como se viu acima, ainda se demonstrou a culpa concorrente do réu, por imprudência, no acidente que vitimou o filho do autor. Cabe ao réu, pois, reparar o mal causado pelo ato ilícito, compondo os prejuízos e os lucros cessantes” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 143.788, Relator Isnard dos Reis, 09 dez. 1965. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 372, p. 111-6, out. 1966).*

prova de haver dado ao filho uma educação tal que fosse capaz de evitar todo comportamento danoso do menor".⁵²

Desta alternância de posicionamento sobre a culpa, constata-se que as deficiências da responsabilidade civil assentada nesse fundamento são trazidas à tona em assuntos espinhosos como a responsabilidade dos pais, resultando na incompatibilidade legislativa do Código, na divergência doutrinária e no comportamento diversificado dos tribunais.

A propósito, nota-se, especialmente na última decisão e doutrina referidas, que alguns ficaram inconformados com a teoria da culpa presumida dos genitores, projetando-se para admitir uma nova teoria, a da responsabilidade objetiva.

4.2 RESPONSABILIDADE OBJETIVA

A responsabilidade objetiva surgiu com a finalidade de atender os casos não cobertos pela teoria tradicional da culpa, nos quais a manutenção dela teria isentado o agente ofensor de reparar o dano⁵³.

Prescindindo da culpa presumida como fundamento, a responsabilidade objetiva dos genitores condiciona o aparecimento do vínculo indenizatório independente da aferição do elemento subjetivo culpa, dependendo unicamente da conduta do menor e do pai responsável, do dano, do nexo de causalidade e da ilicitude.

Este segundo modelo de responsabilidade - objetivo - não se desenvolveu exclusivamente no Direito Civil, fazendo-se presente em outros ramos do saber jurídico, como o Direito Administrativo e o Direito do Consumidor.

⁵² GIARDINA, Francesca. **La condizione giuridica del minore**. Napoli : Jovene, 1984. p.133-4. No original: "*la prova - in origine negativa - di non aver potuto impedire il fatto, idonea a liberare il genitore, diviene una 'prova positiva di aver affettuato tutto quanto era possibile e immaginabile per impedire il fatto e, cioè, in pratica, la prova di aver impartito al figlio un'educazione tale da evitare ogni comportamento dannoso del minore*" (Ibid., p. 133-4 - tradução livre).

⁵³ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade** ..., p. 49.

No campo do Direito Administrativo, a responsabilidade evoluiu da teoria originada do Direito Civil dos atos de império e gestão fundada na culpa, para a teoria derivada da culpa administrativa, depois, para a teoria do risco administrativo⁵⁴. Essa última, como o próprio nome indica, encarregou-se de introduzir no Direito Administrativo a responsabilidade objetiva, dispensando elementos subjetivos e fundado-se no risco pertinente à atuação da administração pública.

Não satisfeitos os administrativistas, sustentou-se a substituição da teoria do risco pela da responsabilidade absoluta da administração pública ou risco integral, a qual não foi acatada.

No Direito do Consumidor, no qual escopo é a proteção do hipossuficiente, previu-se a responsabilidade objetiva do fabricante pelo fato do produto, responsabilidade esta de natureza legal que imputa o dano ao fabricante em vista da sua condição pessoal capaz de suportar as conseqüências do dano⁵⁵.

No caso da responsabilidade civil dos genitores, o fundamento tradicional da culpa presumida foi alterado de maneira parcial pela doutrina, divergindo os autores na justificativa da objetivação da responsabilidade.

Aproximando-se da teoria clássica, defende-se que, pelo simples fato de ser indireta, a responsabilidade dos genitores possui a forma objetiva⁵⁶.

Atentando para o dever de educação, sustenta-se ser o próprio fato danoso do menor um sintoma de culpa *in educando* e constata-se, no plano concreto, a impossibilidade da prova liberatória, conclui-se pela responsabilidade objetiva dos pais⁵⁷.

Por meio da valoração de outro dever, o de vigilância, a doutrina entende haver em regra culpa do encarregado de vigilar que, diante da exigência de rigorosa prova

⁵⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1995. p. 412.

⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 437-444.

⁵⁶ ZATTI, Paolo; COLUSSI, Vittorio. **Lineamenti di diritto privato**. 4. ed. Padova : Antonio Milani, 1993. p. 612.

⁵⁷ GIARDINA, op. cit., p. 134.

exoneratória, possibilitando a ele responder sem culpa e, dessa forma, ocultar os pressupostos de responsabilidade objetiva sob a denominação de responsabilidade por culpa presumida⁵⁸.

Afastando-se por completo da teoria da responsabilidade por culpa, entende-se que a responsabilidade objetiva está alicerçada na carência de segurança diante dos riscos modernos⁵⁹.

Espelhando essas teorias, os tribunais defendem no plano prático a responsabilidade objetiva dos genitores.

Exemplo disso, o 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, julgando apelação em ação de indenização por colisão de veículos, reconheceu a negligência do menor ofensor, porém o fez com embasamento objetivo da responsabilidade, ao acatar um dever amplo de vigilância⁶⁰.

Esse mesmo Tribunal, apreciando caso em que houve colisão provocada por menor entre dezoito e vinte e um anos, habilitado, adquirente do automóvel com suas próprias economias, o qual transitava na contra-mão de direção e embriagado, considerou responsáveis os genitores com o entendimento de que a presunção de

⁵⁸ SOTO NIETO, op. cit., p. 179.

⁵⁹ Ibid., p. 71-3.

⁶⁰ *“Demonstrada a negligência do responsável quanto ao dever de vigilância do menor causador do acidente, não há como eximi-lo da responsabilidade.*

*[...]Mas mesmo que assim não fosse, segundo o preclaro Orlando Gomes, na prática, a prova de que não houve culpa ‘in vigilando’, é difícil. Diante da dificuldade, acrescenta o mestre baiano, as pessoas indicadas no art. 1.521 respondem, às mais das vezes, sem culpa, isto é, sem ter cometido infração do dever de vigilância. Procedem, freqüentemente, com diligência in eligendo, in instruendo, in custodiendo e, não obstante, são condenadas a reparar civilmente o dano. É que, como esclarece Von Tuhr, o conceito de vigilância, adotado pelos autores modernos e pela jurisprudência, é mais amplo do que a noção jurídica de diligência, compreendendo precauções aconselhadas pelas circunstâncias que, não raro, escapam a um homem diligente, e abrangendo até o cumprimento dos menores deveres do subordinado, responsável que será mesmo quando a eles falte. Esse alargamento conceitual transforma praticamente em presunção absoluta a que é legalmente relativa, refletindo a influência das idéias objetivistas (Obrigação, 4ª ed. p. 355)” (SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Cível. Apelação n. 337.784. Relator Augusto Marin. 19 mar. 1985. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 596, p. 131-3, jun. 1985).*

Observe-se que o julgado mencionou ser praticamente absoluta a presunção dos genitores, quando na verdade responsabilidade objetiva e presunção absoluta não tem o mesmo significado, admitindo aquela a prova em contrário (mediante a culpa exclusiva da vítima) e esta negando-a (COVELLO, Sergio Carlos. **A presunção em matéria civil**. São Paulo : Saraiva, 1983. p. 62-3).

culpa do artigo 1.521, inciso I, do Código Civil, seria da modalidade *jure et de jure*⁶¹.

Sem estar alheio a essas tendências, o Anteprojeto de Código Civil de 1972 previu a responsabilidade dos pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia, ainda que não haja culpa de sua parte⁶².

Pelas considerações efetuadas, tanto doutrinárias como jurisprudenciais, depreende-se que a necessidade de justificar a responsabilidade em termos de culpa tornou-se meramente formal, possibilitando-se abdicar da responsabilidade por culpa presumida para aplicar, de fato, uma responsabilidade objetiva.

O acolhimento desse modelo provoca o ônus processual dos genitores provarem a existência de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima na produção do dano, tornando-se praticamente impossível a prova exoneratória⁶³.

Contudo, a teoria objetiva, a despeito de ter surgido com a finalidade de suprir as deficiências da aplicação da teoria da culpa presumida para os genitores, não está isenta de críticas que atentam para os percalços decorrentes da sociedade contemporânea.

Sustenta-se, assim, que, ao mesmo tempo em que são restringidas as possibilidades efetivas de controle dos pais sobre os filhos, com a atribuição ou

⁶¹ “O fato de o maior de 18 anos e menor de 21 anos ser habilitado e possuir veículo adquirido com o produto de seu próprio trabalho não o equipara ao maior de 21 anos, nem ao emancipado. Para efeito de responsabilidade civil, continua sendo menor, estando sob a responsabilidade do pai, o qual, nos termos do art. 1.521, I, tem culpa ‘in vigilando’ por presunção ‘juris et de jure’, desde que o filho esteja sob sua guarda e fiscalização que, evidentemente, não é a guarda diária, 24 horas por dia, mas a que decorre da vida em comum, sob orientação e conselhos [...]”.

Sem embargo do que estabelece o artigo 156 do Código Civil, é aplicável na hipótese o artigo 1.521, I, combinado com o art. 9º e seu § 1º do mesmo diploma, posto que o fato de o maior de 18 e menor de 21 anos ser habilitado e possuir veículo adquirido com o produto do seu próprio trabalho, não o equipara nem ao maior de 21 anos, nem ao emancipado para efeito de responsabilidade civil, continua sendo menor e sob a responsabilidade do pai, o qual na espécie, tem culpa ‘in vigilando’ por presunção ‘jure et de jure’.” (SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Cível. Apelação n. 396.253-8. Relator Sílvio Marques. 05 set. 1988. **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, v. 137, p. 304-6, 1988).

⁶² Art. 974. “São também responsáveis pela reparação civil:

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

Artigo 975. “As pessoas indicadas nos ns. I a III do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

⁶³ GÓMEZ CALLE, Esther. **La responsabilidad civil de los padres**. Madrid : Montecorvo, 1992. p. 236.

reivindicação de maior liberdade, se quer proteger a vítima consagrando a responsabilidade objetiva dos genitores, o que resulta na transferência da qualidade de vítima para os pais⁶⁴.

A imposição objetiva do vínculo indenizatório dos genitores, por um lado, merece crítica, ao não levar em consideração a correspondente dificuldade de os pais intervirem no comportamento dos filhos e, de outro, apresenta justificativa à medida que fornece segurança a terceiros de que a liberdade do menor⁶⁵ não servirá de motivo para que o prejudicado tenha que suportar o dano.

Igualmente apreciando o aspecto contemporâneo, desta feita na perspectiva do exercício do poder parental, argumenta-se que *“a imposição da responsabilidade objetiva poderia se justificar por outras razões, como a proteção da vítima, porém nunca com base no desaparecimento do caráter autoritário do pátrio poder”*. E continua asseverando que *“o incremento do número de danos ocasionados por menores que ficariam sem reparar é o preço obrigado do estabelecimento e coerente aplicação de um conceito de liberal paternidade”*.⁶⁶

O conjunto da corrente favorável à teoria objetiva da responsabilidade dos genitores, acompanhado pelas suas críticas, leva à conclusão de que se trata de uma teoria em desenvolvimento, podendo tanto ser negada como agravada.

A negativa advém do retorno ao primeiro modelo da culpa presumida, enquanto o agravamento se dá com o terceiro modelo, a seguir estudado.

⁶⁴ Ibid., p. 267.

⁶⁵ Vide capítulo “6.1”.

⁶⁶ GÓMEZ CALLE, op. cit., p. 265-6. No original: *“[...] la imposición de tal responsabilidad objetiva se podría justificar por otras razones, como la de protección de la víctima, pero nunca con base en la desaparición del carácter autoritario de la patria potestad. El incremento del número de daños ocasionados por menores que quedarían sin reparar es el precio obligado del establecimiento y coherente aplicación de un concepto liberal de la patria potestad”* (Ibid., p. 265-6 - tradução livre).

4.3 GARANTIA

O terceiro modelo da responsabilidade civil apresenta como fundamento deste instituto jurídico a garantia, ao invés de prescindir da culpa, como fez o segundo modelo. Trata-se de teoria ainda em formação, não estando perfeitamente delineados os postulados básicos.

Para auxiliar na compreensão deste fundamento, viável a investigação terminológica. Neste intuito, o substantivo “garantia”, em sentido amplo, significa “a segurança ou o poder de se usar, fruir ou de se obter tudo que é de nosso direito”.⁶⁷

A responsabilidade por garantia originou-se da preocupação com a compensação da vítima, repartição do risco, prevenindo outros atos danosos e do interesse público na matéria. Aplica-se, de acordo com a doutrina estrangeira, principalmente para os danos nos casos de circulação de veículo, na responsabilidade médica, na responsabilidade por produto defeituoso e na responsabilidade por acidente de trabalho⁶⁸.

No campo do vínculo indenizatório dos genitores, a responsabilidade agravada pode trazer associada a si, ainda, a idéia de garantia com a finalidade de assegurar a indenização.

A própria teoria clássica da responsabilidade derivada da culpa já demonstrava essa tendência ao conceber o poder parental com a natureza de *munus público* ou função⁶⁹, concluindo não estarem restritos meramente aos filhos os deveres dos pais. Defende-se que esses deveres de vigilância e educação compreendem terceiros, perante os quais devem os genitores impedir que sofram prejuízos⁷⁰.

⁶⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. v. II. Rio de Janeiro : Forense, 1963. p. 731.

⁶⁸ PONZANELLI, op. cit., p. 103-133.

⁶⁹ Vide capítulo “5.1”.

⁷⁰ LIMA, Alvino. Op. cit., p. 34. Ensinam MAZEAUD e TUNC: “As obrigações que o pátrio poder impõe aos genitores não se restringem aos filhos, mas também em relação a terceiros, para impedir que o filho cause prejuízos mediante boa educação e vigilância adequada”. No original: “la idea general que guió a los redactores (1) es la siguiente: la patria potestad le impone obligaciones a los padres, no sólo con respecto al hijo, sino en relación con terceros” (MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC. t.II, v. I. op. cit., p. 489 - tradução livre).

Referida ampliação dos deveres dos genitores induziu a doutrina italiana a entender que, desde a concepção do artigo 2.048 do Código Civil, levou-se em consideração a função de garantia atribuída ao pai, derivada da autoridade familiar, ao compreender este poder “*correlacionado com uma função de proteção do interesse patrimonial do menor incapaz, e também de garantia no confronto com terceiros pela atividade danosa do filho*”.⁷¹

Transportando melhor a ligação da noção de garante com a responsabilidade dos genitores, GÓMEZ CALLE informa que no período das codificações adotava-se como fundamento da responsabilidade dos pais o “pátrio poder”, a culpa presumida e “certa idéia de garantia”.⁷²

Assim, não bastasse o fato da responsabilidade ter outros tantos fundamentos, ela ainda pode levar em consideração o elemento garantia no aspecto de impedir a sujeição de terceiros a sofrerem prejuízos e para obrigar os pais a capricharem no exercício dos deveres de vigilância e educação⁷³.

A doutrina confirma expressamente essa recepção da função de garantia na responsabilidade civil dos pais. Por exemplo, no Direito alemão, admite STARCK que, além da responsabilidade pessoal, o BGB⁷⁴ contém certas responsabilidades designadas como de outros, cujo interesse prático e teórico é o estudo delas sob o ângulo da idéia de garantia⁷⁵.

No Direito espanhol, BELTRÁN DE HEREDIA vê a garantia como solução para justificar verdadeiramente a responsabilidade paterna e não ignorar os interesses da vítima. A virtude da garantia, segundo a mesma doutrinadora, é assegurar para terceiros a reparação dos danos, podendo-se supor que os menores estão sendo

⁷¹ GIARDINA, op. cit., p. 130. No original: “... un potere collegato a una funzione di protezione degli interessi patrimoniali del minore incapace, e dunque di garanzia nei confronti dei terzi per l'attività dannosa del figlio” (Ibid., p. 130).

⁷² GÓMEZ CALLE, op. cit., p. 45.

⁷³ MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, t.I, v.II, op. cit., p. 525.

⁷⁴ “*Bürgerliches Gesetzbuch*” ou Código Civil alemão.

⁷⁵ STARCK, B. **Responsabilité civile** : Double fonction de garantie et de peine privée. Paris : Rodstein, 1947. p. 204.

vigilados intensamente. A cessação da garantia viria, assim, da culpa do prejudicado, de terceiro e força maior⁷⁶.

Ainda a doutrina espanhola considera necessário apreciar a responsabilidade dos genitores num propósito de consecução de uma garantia suplementária a favor do ofendido, estabelecendo que essa função de garante não substitui e nem suprime a do próprio filho, senão que se acrescenta a esta com a específica finalidade de ampliar e reforçar a tutela jurídica oferecida pelo artigo 1.902⁷⁷.

A doutrina brasileira, igualmente, não se nega a ver a responsabilidade dos pais como uma garantia de que eles serão mais atentos em cuidar da conduta e das ações dos filhos⁷⁸.

A jurisprudência⁷⁹ nacional, da mesma forma, aplicou em alguns julgados a responsabilidade dos pais utilizando a garantia como seu fundamento.

Desta maneira, em acórdão da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, versando sobre a responsabilidade civil por sedução, em que o sedutor tinha dezesseis anos e a seduzida dezessete anos de idade, considerou a *“responsabilidade inspirada no objetivo social de tornar certa a reparação”*, inclusive com o argumento de que haveria *“um título definidor da responsabilidade, que é o dever geral impeditivo da multiplicação dos atos lesivos pelo afrouxamento da prudência”*.⁸⁰

⁷⁶ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen Lopez. **La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos**. Madrid : Tecnos, 1988. p. 90-1 e 222.

⁷⁷ SOTO NIETO, op. cit., p.191-2.

⁷⁸ CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil : Responsabilidade Civil**. v. III. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985. p. 93.

⁷⁹ Termo empregado durante este estudo no sentido de conjunto de manifestações reiteradas dos Tribunais sobre determinada matéria.

⁸⁰ *“A extensão da responsabilidade é inspirada no objetivo social de tornar certa a reparação. Os indigitados responsáveis devem concorrer para o dano por culpa in vigilando.*

*O dote tem caráter reparatório, levando-se em consideração a condição e o estado da ofendida. [...]A extensão da responsabilidade é inspirada no objetivo social de tornar certa a reparação e está compreendida no art. 1.521 do CC. Mas, como complementa o art. 1.523, os indigitados responsáveis devem concorrer para o dano por culpa, mesmo como violação, ainda que na forma genérica do *devoir de ne pas nuire à autrui*. Haveria, em tal caso, um título definidor da responsabilidade, que é o dever geral impeditivo da multiplicação dos atos lesivos pelo afrouxamento da prudência. Sem dúvida, houve descumprimento do dever de vigilância. Se o fato ocorre às ocultas, poderá ser argumentado, não se poderia reconhecer a falta de vigilância ativa. A realidade, porém, é outra: se o pai consentiu o convívio,*

Tanto o objetivo social como o alargamento do campo de atuação dos genitores, deixando de incidir exclusivamente sobre os filhos para incluir terceiros, denotam que nesse acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo utilizou o fundamento da garantia.

Do conjunto das posições doutrinárias com a jurisprudencial, constata-se que, ao invés de fundar a responsabilidade dos pais no simples descumprimento dos deveres inerentes à autoridade deles (culpa) ou mesmo na responsabilidade objetiva assentada na noção de risco, o instituto sofreu uma mudança de fundo, passando a prevalecer a função indenizatória diretamente vinculada à qualidade pessoal dos genitores, assumindo eles a posição de garante perante terceiros.

Defronta-se, então, com a superação das teorias anteriores, afirmando-se que “a posição do genitor não é presa em consideração para especificar um determinado tipo de comportamento, mas como uma qualidade, per si idônea de determinar o surgimento da responsabilidade”.⁸¹

A transformação do fundamento do vínculo indenizatório expressa a preocupação no sentido de evitar que o ofendido tenha que suportar sozinho os prejuízos.

Respondendo ao fundamento da garantia, a doutrina estrangeira formulou uma opção almejando tentar não punir demasiadamente os pais ou garantes, consistindo na contratação de um seguro para cobrir os riscos da conduta do menor⁸².

Aplicando-se a alternativa estrangeira no Brasil, verifica-se que a nossa doutrina recepciona o seguro de responsabilidade para os pais quando prevê que o artigo 1.521 e outros podem ser objetos do contrato de seguro. Ocorre que, como observou Pedro ALVIM, “é preciso que o meio social, no qual se quer recrutar segurados, desfrute de uma solvabilidade suficiente. Com efeito, se os segurados não dispuserem de receita

na sua própria casa, do ofensor e da ofendida, não se exonera da responsabilidade com a justificativa da falta de presença. Por inobservância de dever que lhe é próprio, criou a situação propícia ao acontecimento lesivo [...]” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 52.272-1, Relator Octavio Stucchi Costa, 26 mar. 1985. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 598, p. 55-6, ago. 1985).

⁸¹ Rodotà, apud GIARDINA, op. cit., p. 136. No original: “*la posizione del genitore non è stata presa in considerazione per specificare un determinato tipo di comportamento, ma come una qualità, per sé idonea a determinare il sorgere della responsabilità*” (Ibid., p. 136).

⁸² ALVIM, Pedro. **Responsabilidade civil e seguro obrigatório**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972 . p. 68.

*que lhes permita pensar no futuro, estando seus recursos comprometidos pela satisfação de necessidades atuais, será inútil querer explorar o seguro”.*⁸³

Sendo difícil que o seguro seja acolhido no Direito brasileiro, ressalte-se, todavia, que dentre os três modelos de responsabilidade o surgimento de um não implica o aniquilamento do outro, aos menos para a responsabilidade que afeta os genitores.

Conquanto representem momentos históricos diversos, convivem os três modelos, como demonstraram as decisões referidas no decorrer do presente capítulo que, antes de firmarem a existência deles, expressaram a coexistência dos mesmos.

A convivência da tríade de modelos se deve ao fato de que, sendo a responsabilidade objetiva e a garantia os mais gravosos, enquanto a lei não abandonar o modelo menos gravoso da culpa presumida, não haverá a fixação pelo maior.

⁸³ Ibid., p. 56.

5 MOTIVAÇÕES DERIVADAS DO VÍNCULO DE FILIAÇÃO

A responsabilidade civil dos genitores inicia com o estabelecimento do vínculo de filiação entre o menor ofensor e os seus pais, o qual repercute nessa responsabilidade e faz com que ela possua fundamentos particulares.

Neste capítulo serão analisados alguns destes elementos especiais nos quais está assentada a responsabilidade dos pais, consistentes no poder parental, na guarda, vigilância e educação.

5.1 PODER PARENTAL

O poder parental deriva diretamente do vínculo de filiação, sendo dotado de tanto valor que, na sua falta, em regra, a responsabilidade dos pais não se estabelece.

Este poder constitui núcleo do qual emanam todos os demais deveres e poderes dos pais em relação ao filho, especialmente o dever de vigilância e de educação.

Objetivando conceituá-lo, a despeito de admitir que isto leva inevitavelmente a limitar o objeto que está submetido à apreciação, encontra-se no entendimento de ser *“a autoridade que a lei confere aos pais para a direção, criação, instrução e educação de seus filhos, assim como a administração de seus bens, desde a concepção até que adquiram a maioridade ou sejam emancipados”*.¹

A fim de suprir a deficiência inerente a qualquer conceito, colhem-se outros dois

¹ PAVON, Cirilo. **Tratado de la familia en el Derecho Civil argentino**. t. III. Buenos Aires : Ideas, 1946. p. 139. No original: *“La patria potestad consiste en la autoridad que la ley confiere a los padres para la dirección, crianza, instrucción y educación de sus hijos, así como la administración de sus bienes, desde la concepción hasta que adquirieran la mayor edad o se hubieran emancipado”* (Ibid., p. 139 - tradução livre).

posicionamentos. Neste sentido, José Virgílio Castelo Branco ROCHA conceitua-o como “sendo a soma de direitos e deveres concedidos ao pai, para que possa desempenhar os encargos que a lei lhe confere, no tocante à criação e educação dos filhos e conseqüente administração dos seus bens”². Uma servidão do pai com o objetivo de tutelar o filho e um poder derivado da ordem social, em razão do dever do Estado de proteger os menos desenvolvidos³.

Na mesma balada, Silvio RODRIGUES concebe o “pátrio poder” como instituto jurídico de caráter eminentemente protetivo do qual sobressaem deveres, conferindo a ele uma natureza com inclinação ao direito público procedente do interesse do Estado nas gerações futuras⁴.

De tais conceitos extrai-se a característica preponderante do “pátrio poder”, de emanar direitos e deveres, cujo exercício pelos pais tem finalidade eminentemente protetiva do menor.

O marco divisório da concepção do “pátrio poder”, abrindo caminho para o caráter protetivo, foi o aparecimento do Estado.

O “pátrio poder” sofreu, assim, sua primeira alteração substancial com a Cidade-Estado e isto não só pelas razões conhecidas que advém da vida em comum, mas também pelo surgimento de um novo sistema garantidor da estabilidade das relações familiares, o Direito.

Na família arcaica, na tradição primordial das cidades gregas e romanas, o fundamento da “*patria potesta*” era o culto dos antepassados. Dele tirava o pai a “*auctoritas*”, sem a qual a “*potestas*” era simples poder de fato, não legítimo. Com o desenvolvimento da “*Polis*” e da “*Civitas*” paulatinamente se impôs um outro critério, ou seja, as relações do indivíduo com o Estado. É por esta razão que o pai deixou de

² ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. Rio de Janeiro : Tupã, 1960. p. 47

³ Ibid., p. 47-8.

⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil : Direito de Família**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1978. p. 353. Em recente trabalho a respeito do “pátrio poder”, José Antonio de Paula SANTOS NETO conceitua-o como “complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar” (SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 55).

exercer discricionariamente seus poderes, ficando incumbido do dever de educar, guardar, cuidar do futuro cidadão de Atenas ou de Roma⁵.

Assim, a alteração do caráter do poder parental culminou com a concepção no Direito Civil clássico do “pátrio poder” mais como um “*munus*” do que uma “*potesta*”, ou seja, como instituto de proteção do filho em vez de um direito do pai, reprimindo-se o abuso no seu exercício⁶.

Por ocasião da promulgação do Código Civil, a autoridade paterna perdeu a qualificação de poder, recepcionando a qualidade de direito-função e adquirindo feição eminentemente pública⁷. Além da delimitação da natureza, reconhece-se que o “pátrio poder” incorporou, como fim precípua, o interesse do menor, deixando de prevalecer como autoridade⁸, para ser exercido dentro da família e conjuntamente pelos seus membros⁹. Estas sucessivas transformações de fundo tornam relevante a especificação de sua natureza jurídica.

Já se disse que as normas de Direito de Família, que tratam da relação de filiação

⁵ CICCIO, Cláudio de. **Fundamentos históricos-sociológicos do pátrio poder no Código Civil Brasileiro de 1916**. São Paulo, 1981. Tese de Doutorado - Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. p. 28.

⁶ DEGNI, Francesco. **Il diritto di famiglia**. Padova : Antonio Milani, 1943. p. 411. As transformações dos poderes dos pais sobre os filhos levou ao predomínio dos interesses dos filhos, ou seja, a proteção dos interesses do menor (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** : Direito de Família. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985. p. 242.).

O “pátrio poder” passou, também, a ser exercido no interesse da família, e não apenas dos filhos, em que pese a proteção a eles conferida (Wald, Arnold. Apud: SANTOS NETO, op. cit., p. 54).

⁷ AMARAL, Francisco. Individualismo e univervalismo no Direito Civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos? **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 71, p.80, abr./jun. 1992. Nessa direção: “a obrigação paterna não pode fundar-se hoje na idéia de potestade como poder, pois, como disse Puig Pena, não há poder nem meios de que se estime. Não há poder, senão função. No original: “*la obligación paterna no puede fundarse hoy en la idea de ‘potestad’ como ‘poder’, pues, como ya dijo hace años PUIG PEÑA, no hay poder ni visos de que se estime. No hay poder, sino función*” (BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen Lopez. **La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos**. Madrid : Tecnos, 1988. p. 14).

⁸ CIAN, Giorgio; OPPO, Giorgio. **Comentaria al Diritto Italiano della Famiglia**. v. IV. Padova : Antonio Milani, 1992. p. 300.

⁹ Além da redução no seu campo de atuação, da menoridade até a maioridade e emancipação dos filhos, o “pátrio poder” deixou de ser absoluto com caráter relevantemente privado e em benefício do pai. Assumiu uma feição eminentemente social, submetido ao controle do Estado mas no interesse do menor. (FERNANDES CLERIGO, Luis. **El derecho de familia en la legislacion comparada**. México : Hispano-Americana, 1947. p. 279).

e conjugal, são de direito natural, não podendo o ordenamento jurídico deixar de apreciar estes ditames naturais, em vista dos inúmeros interesses que rondam a matéria¹⁰. Na mesma diretriz, a doutrina contemporânea concebeu o direito natural como fundamento do “pátrio poder”, consectário do reconhecimento da natural precedência dos pais em relação aos filhos no liame entre eles¹¹.

Opinião essa combatida por Cláudio CICCÒ, segundo o qual:

Ao analisarmos as relações entre pais e filhos, e os direitos e/ou deveres correspondentes, desde logo se deve abandonar a idéia de que tudo se passa de modo natural. A tendência é identificar como natural tudo o que é histórico - típica do Positivismo do século XIX - esquece que na variedade mesma das relações possíveis se patenteia o que de arbitrário e, portanto, de reformável pode se conter em instituições jurídicas de grande importância dentro do sistema, como é o caso da família, da filiação e do pátrio poder¹².

Encontrando outra natureza jurídica, entende-se que os poderes conferidos pelo ordenamento aos genitores têm sua razão de ser enquanto contraface dos deveres que eles têm de cumprir, destacando-se a coordenação da educação do filho, a disciplina da sua conduta, formação do seu caráter e seus ideais¹³.

Seguindo a mesma linha, a doutrina italiana reputa relevante para a mudança de natureza do “pátrio poder” o estabelecimento preciso de seu conteúdo de potestade, seja quanto ao desenvolvimento da personalidade, seja quanto à proteção do interesse

¹⁰ Neste sentido, afirma a doutrina: *“É evidente que as relações de filiação estão regulamentadas, em primeiro termo, pelas leis naturais e sociais. A lei se contenta neste ponto com o mínimo ético. Assistência, amor, respeito e agradecimento são valores espirituais dos quais cabe esperar os melhores resultados”*. No original: *“Es evidente que las relaciones paternofiliales están reglamentadas, en primer término, por leyes naturales y sociales. La ley se contenta en este punto con el mínimo ético. Asistencia, amor, respeto y agradecimiento son valores espirituales de los que cabe esperar los mejores resultados”* (LEHMANN, Heinrich. **Derecho de Familia**. 2. ed. v. IV. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1953. p. 295-6 - tradução livre).

¹¹ SANTOS NETO, op. cit., p. 57-8. Aldo de Assis DIAS vê o “pátrio poder” com sentido de proteção, e não como simples poder. A autoridade paterna é necessária para educar e orientar a criança; é também um direito próximo da lei natural de impor o adequado para a educação, e também um dever, de natureza estrita, ou seja, de educar a prole (DIAS, Aldo de Assis. **O menor em face da justiça**. São Paulo : Lex, 1968. p. 138).

¹² CICCÒ, op. cit., p. 3-4.

¹³ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de Derecho Civil**. t. III, v. II; t. V. Buenos Aires : La Ley, 1963. p. 291 e 311.

do menor como direito fundamental, fatos estes que, segundo ela, lhe proporciona um caráter de ofício público ou “*munus*” para uns¹⁴, ou mesmo de “*ofício de direito privado*” para outros¹⁵.

Essa transformação do “pátrio poder” foi apreendida como a passagem de um poder absoluto para uma função social, caracterizando-se a evolução de poder como “um processo de debilitação da autoridade paternal”¹⁶.

Constata-se, portanto, que o “pátrio poder” teve a sua natureza jurídica evoluída de direito natural para a de direitos restritos e deveres vastos, originados, respectivamente, do reconhecimento do filho como sujeito de direitos fundamentais¹⁷ e da aquisição do caráter funcional e público.

Além disso, sofreu mudança quanto à titularidade, passando da alçada preferencial do pai, no caso de morte ou incapacidade do marido, da mulher, para o exercício em conjunto pelos dois genitores, sem discriminação entre eles.

Acrescentando à mudança de titularidade, o “pátrio poder” recebeu influência da alteração no padrão familiar, que da grande família matrimonializada, passou à nuclear, formada somente pelas pessoas dos genitores e filhos. Isto sem falar que, contemporaneamente, surgiu o modelo “pós-nuclear”, caracterizado pelo distanciamento entre os membros provocado pela vida nos centros urbanos, ou pela união estável e família monoparental, registrando-se, também a família sem filhos.

As contínuas mudanças operadas na família nuclear submeteram o poder parental a um processo de transformações que ainda não encontrou o seu momento de estabilidade, especialmente diante das contínuas mudanças operadas na família pós-nuclear.

O somatório dessas transformações levou a doutrina a repensar a designação de “pátrio poder” ao poder que liga os pais à pessoa dos filhos.

¹⁴ CIAN, Giorgio & OPPO, Giorgio. Op. cit., p. 300.

¹⁵ PELOSI, Angelo Carlo. **La patria potestá**. Milano : A. Giuffrè, 1965. p. 63

¹⁶ LLOVERAS, Nora. Comentarios a lo artículo 264 de lo Código Civil. In: BUERES, Alberto J; HIGHTON, Elena I. **Código Civil**. Buenos Aires : Hammurabi, 1995. p. 1195.

¹⁷ Matéria analisada no capítulo 8, seção 4.

A etimologia do termo “*pater*” aponta para um emprego mitológico de qualificação permanente do Deus Supremo. O “*pater*” é o chefe religioso e “*atta*” o pai pessoal que educa a criança. “*Patria potesta*” é o poder que se liga à idéia de pai em geral, que ele detém por essa qualidade¹⁸.

Ocorre que, em virtude da alteração no seu conteúdo, o termo “pátrio poder” passou a discrepar do que intencionava designar. Justifica-se, destarte, que lhe seja conferida uma nova designação, diferente daquela originada do tempo de absolutismo do poder do pai. Sugeriu-se, portanto, expressões como poder parental, autoridade parental, ou poder-dever¹⁹.

Dentre essas, a denominação de poder parental, parece ser a que melhor atende ao objetivo de não se incompatibilizar com as transformações do poder dos pais²⁰, o que incoorre com as demais, pois em uma não há vantagem na substituição do termo “poder” por “autoridade”, tendo em vista que um pode ser sinônimo do outro e, na outra, por não esclarecer que atualmente exercem os deveres os dois genitores.

Contrariando o descompasso entre a denominação do “pátrio poder” e todas as transformações relatadas, a doutrina contemporânea manifesta-se no sentido de manter a designação de “pátrio poder” por quatro motivos: a) pelo seu tradicionalismo; b) para não desatualizar a doutrina; c) pelo interesse prático do anacronismo em revelar a evolução ocorrida; d) por exprimir a subordinação dos filhos ainda existente²¹.

Para cada um destes argumentos, há pontos de vista diversos justificadores do abandono da expressão “pátrio poder”: a) por não exprimir a situação fática ou jurídica atual; b) a designação nova tem a virtude de obrigar a doutrina a se atualizar; c) a nova

¹⁸ CICCIO, op. cit., p.12.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições...**, p. 242.

²⁰ O poder parental, inclusive, pela função protecional do Estado, não se restringe mais aos pais, ultrapassando aquela visão egoísta e privada de outrora. A Constituição Federal previu o auxílio do próprio Estado no cumprimento dos deveres de proteção e assistência, acima de tudo quando for de baixa renda, admitindo-se que estes deveres não têm a função punitiva como poderia se entender para estas pessoas. (ANDRADE, Roberto de Oliveira. Comentário ao artigo 22. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emilio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 93).

²¹ SANTOS NETO, op. cit., p. 56.

expressão proporciona constatação da mudança de designação àquele que estudar o mesmo assunto em obras antigas; d) a designação nova não suprime a subordinação do menor aos pais.

A noção, as mudanças de fundo, a natureza jurídica e a denominação de poder parental, sugerem o estudo do conteúdo deste poder, tendo em vista que, na relação entre os genitores e filho, o poder parental diz respeito aos deveres e aos direitos daqueles perante este.

Recorrendo-se à doutrina, encontra-se a orientação de que os titulares do poder parental têm o dever de contribuir para a formação física e psíquica do filho menor, por estarem mais perto, terem mais experiência e sociabilidade²².

As atribuições dos titulares na coordenação da família compreendem, portanto, um censo disciplinar e outro afetuoso, incluindo-se no primeiro os deveres do poder parental.

Dentre os correlativos deveres que são conferidos aos titulares do poder parental enquanto função, encontra-se a guarda, compreendendo ela a vigilância e educação, tudo isso sob a ameaça de responsabilidade civil pelo prejuízo que o filho cause a terceiros, aos menores imputados presumidamente pelo descumprimento desses deveres²³.

A autoridade dos genitores é necessária para incutir no filho eficiente educação, que se substancia na atitude de comportar-se corretamente e abster-se de ação reprovável. Cabe aos pais praticarem uma *“ação contínua que insira e imponha um sistema de vida normal e reprima atos inconvenientes, frenando e punindo eventuais desvios”*.²⁴

O efeito do não cumprimento dos deveres que a lei impôs aos genitores pelo exercício do poder parental é considerá-los responsáveis se houver a produção de

²² BAVIERA, Ignazio. **Diritto minorile**. Milano : A. Giuffré, 1957. p. 215.

²³ LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro : Forense, 1973. p. 33.

²⁴ BAVIERA, op. cit., p. 215. No original: *“per arrivare a tanto è necessaria una azione continua che insegni e imponga sistemi di vita normali e reprima atti sconvenienti, frenando e punendo eventuali deviazioni”* (Ibid., p. 215 - tradução livre).

dano pelo filho: “o pai e a mãe são culpados por não haverem atendido o dever de educação e de vigilância que lhes impõe o pátrio poder”.²⁵

O Direito procurou justificar a responsabilidade dos pais no fato de ela ultrapassar a esfera de liberdade vigiada o que, na maioria das vezes, significa falha de vigilância e de cuidado dos pais, compreendendo um relaxamento da moral e da disciplina doméstica, em virtude de não haverem eles cumprido com os deveres de educação e de vigilância que a lei lhes impõe. Tal mecanismo serve para a atribuição aos pais da responsabilidade civil pelo prejuízo provocado pelo menor²⁶.

As transformações operadas no poder parental, fazendo com que ele tenha cunho funcional e seja exercido pelos dois genitores, repercute nos deveres que o compõem, ampliando a possibilidade de responsabilização pelo aumento da feição de dever e pela diminuição do caráter de poder.

A mudança de mérito no poder parental permitiu, atribuir o fato danoso do menor ao titular do poder parental não em virtude do seu comportamento, e sim pela sua qualidade de titular dos deveres a ele inerentes, os quais, se descumpridos, são hábeis a responsabilizar os genitores²⁷.

Tanto tornou-se possível a qualidade de genitor conferir a responsabilidade, que na seara sociológica consagra-se a geração do homem como processo humano e não meramente biológico, ligando os pais aos filhos numa relação da ordem do ser, tornando-os geradores responsáveis “pela vida projetada na existência”.²⁸

As alterações de fundo do poder parental se projetam sobre os fundamentos para viabilizar a recepção de outros além da culpa, tal como a garantia e a responsabilidade objetiva, assim como ampliar o conteúdo dos deveres.

²⁵ No original: “... il padre e la madre sono colpevoli per non avere adempiuto al dovere di educazione e di vigilanza che loro impone la patria potestà” (LAURENT, F. *Principii di Diritto Civile*. v. XX. Nápoli : Leonardo Vallardi, 1881. p. 430 - tradução livre).

²⁶ AGUIAR, Henocho D. *Hechos y actos jurídicos : actos ilícitos - responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires : Argentina, 1950. p. 64.

²⁷ Vide acima capítulo “4.3”.

²⁸ JURITSCH, Martin. *Sociologia da Paternidade : o pai na família e no mundo, uma análise antropológica*. Petrópolis : Vozes, 1970. p. 87-90.

5.2 GUARDA

A guarda, concebida como um dos deveres atribuíveis aos genitores²⁹, compõe o poder parental e a ele se integra para tornar os pais responsáveis pelos atos danosos dos filhos, tanto assim que Clóvis BEVILÁQUA afirma a responsabilidade daquelas pessoas que têm o causador do dano sob sua guarda.

A noção de guarda é preenchida pelo exercício da vigilância, proteção e abrigo, tudo executado pelos pais em benefício do filho.

Na interpretação literal do artigo 1.521, inciso I, do Código Civil, a doutrina entende a expressão “*que estiverem em seu poder e companhia*” como indicadora de que a guarda fundamenta a responsabilidade dos genitores, pois dela provém o dever de vigilância que é presumidamente descumprido em caso de dano causado pelo filho³⁰.

Com efeito, a guarda soma-se ao poder parental para fazer recair sobre os pais a responsabilidade pelos atos dos filhos, compreendendo ela, de início, uma discussão acerca da sua natureza, a fim de definir se efetivamente compõe ou não um dos deveres do poder parental, ou seja, se ela é instituto a ele vinculado ou mesmo se possui existência própria.

²⁹ Esta é a opinião Alain BENABENT, como segue: “O tema guarda do menor é ambíguo: emprega-se para designar aquele dos pais que têm, em caso de desunião, a carga material do menor, ele refere-se não somente a guarda material, mas também a outras prerrogativas da autoridade parental que são anexadas pelo direito positivo ligado a guarda de exercício da autoridade parental[...], mas mesmo assim a guarda constitui um atributo especificamente ligado a presença psíquica do menor”. No original: “Le terme de garde de l'enfant est ambigu: employé pour désigner lequel des parents aura, en cas de désunion, la charge matérielle de l'enfant, il recouvre non seulement la garde matérielle, mais encore les autres prérogatives de l'autorité parentale qui y son annexées puisque notre droit positif lie à la garde l'exercice de l'autorité parentale [...]; mais, au sein même de l'autorité parentale, la garde constitue un attribut spécifiquement lié à la présence physique du mineur” (BÉNABENT, Alain. *Droit Civil : La famille*. Paris : Techniques, 198-. p. 423 - tradução livre).

³⁰ SANTOS NETO, op. cit., p. 180

O Código Civil disciplinou a guarda como uma emanção do “pátrio poder”³¹, prevalecendo esta hierarquia até que a jurisprudência passou a reconhecer a sua autonomia.

Nesta ordem de idéias, inicialmente concebida como dependente do “pátrio poder”, adveio a maturidade teórica da guarda quando se admite que ela tem sua existência dissociada, promovendo após trinta anos de vigência do Código o acatamento da tese de que não é da essência, mas da natureza do “pátrio poder”. Possibilitou-se fosse confiada a terceiros, dispensando a necessidade de ser parente, sem que a transferência dela implique a do “pátrio poder”.³²

Aprofundando a análise da guarda e visando provar a diferença com o poder parental, a mesma doutrina se permite compará-la com o instituto jurídico da posse: a guarda de menores está ligada a uma situação jurídica protegida e, tal como a posse, ela é o “*exercício de fato de um dos atributos inerentes ao pátrio-poder, mas não se confunde com este*”.³³

A guarda pode ter existência independente do poder parental, motivo pelo qual a sua transferência não importa na perda desse “pátrio poder”, por exemplo, quando há a separação judicial entre os genitores³⁴.

Reconhecendo definitivamente a sua autonomia, o Estatuto da Criança e do Adolescente possibilitou, dentre outras disposições, a sua concessão independente de

³¹ Art. 384. “*Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:*
[...]
II - *Tê-los em sua companhia e guarda*”.

Art. 231. “*São deveres de ambos os cônjuges.*
[...]
IV - *Sustento, guarda e educação dos filhos*”.

³² CAHALI, Yussef Said. Comentários ao artigo 33. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emílio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 126-7.

³³ CAHALI, Yussef Said. A importância do instituto da guarda. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 133, p. 12, nov./dez. 1991. Nesta direção, o traço característico da guarda é ter a posse do menor (SANTOS NETO, op. cit., p. 138).

³⁴ FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993. p. 18.

suspensão ou destituição do poder parental. Obrigando o detentor dela a prestar a assistência material, moral e educacional, o Estatuto atribuiu a ela a força de situação de fato juridicamente protegida de modo a rompê-la somente por decisão judicial³⁵.

Por todos esses fatos, compreende-se que o instituto da guarda deixou de ser atrelado ao poder parental e passou a ter autonomia existencial, unindo-se a ele para inculcar nos pais o dever de eles indenizarem a vítima pelos atos dos filhos.

O efeito da guarda vista sob o aspecto da autonomia a ela conferida está na responsabilidade pelos atos dos filhos ser extensível a terceiro, bem como pelo valor principal quando não houver a convivência dos genitores.

Em que pese o Código Civil ter elencado a guarda como um dos poderes dos pais quanto à pessoa do filho, foi omissivo no que diz respeito ao seu conteúdo³⁶.

Coube à doutrina, desta forma, “construí-lo”, concebendo-a como “*direito de exercer a vigilância sobre as atividades e as relações da criança*”, chegando a aceitar a proibição de visitas e freqüências e até controlar as correspondências³⁷.

Na lição do direito espanhol, compreende o dever de guarda a direção intelectual e moral, faculdade de intervir, direito de escolher suas relações, religião e vigiar os estudos³⁸.

³⁵ Art. 33. “A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender as situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados”.

³⁶ Art. 231. “São deveres de ambos os cônjuges.

[...]

IV - Sustento, guarda e educação dos filhos”

Art. 384. “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores.

[...]

II - tê-los em sua companhia e guarda”.

³⁷ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1989. p. 45.

³⁸ GOMEZ MORAN, Luiz. **La posición jurídica del menor en el derecho comparado**. Madrid : Reus, 1947. p. 315. Da mesma forma, STRENGER entende que no envolvimento com o pátrio poder, guarda constitui atributo especificamente ligado à presença física do menor (STRENGER, op. cit., p. 44).

Afirma-se que dela deriva, *ipso facto*, o dever de vigilância sobre o protegido, “consistente na fiscalização constante dos atos e procedimentos do menor por parte do titular do direito-dever”.³⁹

Pondo fim a estas e outras distorções que poderiam ocorrer, o Estatuto da Criança e do Adolescente previu a guarda como uma obrigação “à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente”.⁴⁰

A guarda constitui instituto jurídico que prolifera nas famílias de baixa renda, decorrente deste fato a necessidade imperiosa de sua autonomia conceitual, como constatou Maria Josefina BECKER:

Na prática, a situação econômica precária, embora não seja causa para a perda ou a suspensão do pátrio poder, impede, muitas vezes, pelo menos eventualmente, o exercício efetivo da guarda dos filhos de pais que trabalham todo o dia e não contam com equipamentos comunitários ou públicos, como creches ou pré-escolas.⁴¹

Desta forma, pelo dever de guarda deriva o reconhecimento no Direito da condição inerente às pessoas submetidas às normas jurídicas, facultando a sua utilidade pelos genitores que integram a família de baixa renda, a fim de evitar que se exija deles a mesma atuação prevista pela norma elaborada com o objetivo de atender pessoas de melhor condição social e econômica.

A guarda assumiu, sendo assim, relevante papel dentro da relação de filiação, abandonando a sua concepção clássica que a fazia depender do “pátrio poder”, gozando de maior valor ao fundamentar a responsabilização dos genitores pelo dano do filho.

O exercício do dever de guarda não é suficiente, por si só, para tornar os pais responsáveis, carecendo de outros fundamentos.

³⁹ MOURA, Mário Aguiar. Guarda do filho menor. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 19, p. 20, jul. 1980.

⁴⁰ Artigo 33. “A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”.

⁴¹ BECKER, Maria Josefina. Comentários ao artigo 33. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emílio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 129-30.

5.3 VIGILÂNCIA

O dever de vigilância é aquele atribuído aos pais sobre a pessoa do filho em virtude do exercício da guarda e do poder parental, cujo descumprimento dá causa à propalada culpa *in vigilando* dos genitores, pois a autoridade parental *“investe seus titulares no direito de vigilar as atividades e relações do menor”*⁴².

Por esse motivo, a responsabilidade dos genitores toma a culpa na modalidade *“in vigilando”*, consistente numa *“garantia exigida pela lei para obrigar os pais a serem mais atentos em cuidar a conduta e as ações de seus filhos”*⁴³, como um dos seus fundamentos.

O próprio Código Civil, conquanto o faça veladamente, ao se referir à criação e ao fato de ter o menor *“em sua companhia e guarda”*, reconhece na vigilância um dos deveres legais atribuídos ao titular do poder parental⁴⁴.

Integrando a vigilância para responsabilidade dos pais, na qualidade de fundamento, indispensável conhecer o seu conteúdo.

Ampliando-o para aproximar o dever de vigilância da função de garantia, bem como da mudança do poder parental para função, a doutrina italiana afirma não estar ela adstrita à pessoa custodiada, senão conjuntamente à integralidade do ambiente que circunda o menor, de modo a evitar que seja criada ou permaneça como uma causa de perigo⁴⁵.

Posição menos rigorosa defende Luiz da Cunha GONÇALVES, quando diz ser *“evidente que o pai ou a mãe não pode acompanhar incessantemente o filho menor;*

⁴² No original: *“L'autorité parentale investit son titulaire du droit de surveiller les activités et relations de l'enfant”* (BÉNABENT, Alain. Op. cit. p. 423 - tradução livre).

⁴³ CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil** : responsabilidade civil. v. III. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985. p. 67.

⁴⁴ Art. 384. *“Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:*
I - Dirigir-lhes a criação e educação.
II - Tê-los em sua companhia e guarda....”.

⁴⁵ CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. **Commentario breve al Codice Civile**. 2. ed. Padova : Antonio Milani, 1984. p. 1417.

*nem se pode exigir que faça vigiar este, em toda a parte, permanentemente, por um criado, mormente se o pai não pode pagar a inerente despesa”.*⁴⁶

De maneira semelhante, o doutrinador alemão HEDEMAN restringe o campo de incidência da vigilância ao considerar que ela deve ser somente aquela medida normal, ao invés de um cuidado especial, salvo comportamento travesso do menor⁴⁷.

Outra defesa da mitigação do dever de vigilância é relatada por Eduardo Bonasi BENUCCI, para quem ela não pode ser tão rígida como aquela exigida e exercida pelo tutor, se a educação dada ao vigilado e o caráter do mesmo não permitam concluir por uma preocupação particular, não é permissível a aceitação de um dever de vigilância acima da média normal. Pelos parâmetros apresentados, o autor ainda considera severo o dever de vigilância, tendo em vista o que na prática se exige dos pais⁴⁸.

Para evitar injustiças e abusos que poderiam ter origem na aplicação não criteriosa do dever de vigilância, Aguiar DIAS elencou algumas circunstâncias que no seu entender devem balizar a valoração acerca da sua aplicação, concluindo que a *“medida de atenção e vigilância depende do caráter, da educação, da idade, das faculdades da pessoa submetida à autoridade familiar, os costumes locais e de várias outras influências”*.⁴⁹

Aduzindo sobre a necessidade de aplicar o dever de vigilância de forma mais próxima da realidade, o mesmo autor pondera que este dever não atende aos critérios rígidos, diante da não recomendação de sua exigência a todo momento, o que obstaria outros deveres do chefe de família ou mesmo ignoraria as características sociais e econômicas da família⁵⁰.

A doutrina contemporânea, portanto, delimita o dever de vigilância levando em

⁴⁶ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. 1. ed. v. XII, t. II; São Paulo : Max Limonad, 1955. p. 849. Da mesma forma: SOTO NIETO, Francisco. **La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo**. Madrid : Montecorvo, 1982. p. 178.

⁴⁷ HEDEMANN, J. W. **Derecho de obligaciones**. v. II. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1958. p. 549.

⁴⁸ BENUCCI, Eduardo Bonasi. **La responsabilidad civil**. Barcelona : José M^a Bosch, 1958. p. 244.

⁴⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Forense : Rio de Janeiro, 1994. p. 511.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 515.

consideração a idade, o caráter e outras peculiaridades que resultem, por exemplo, da situação pessoal e econômica dos obrigados e dos fatores de previsibilidade da produção do dano⁵¹.

O dever de vigilância, malgrado decorra da guarda e esta, guarda, possa decorrer ou não do “pátrio poder”, assume o caráter de fundamento da responsabilidade dos pais se descumprido.

Diz-se, portanto, que entre os pais a responsabilidade incide sobre aquele que exerce o poder de vigilância e tem a obrigação de vigiar⁵².

Reconhecendo que o Código Civil⁵³ oferece expressivas discussões, Sergio Gischkow PEREIRA entende que podendo se optar pela prevalência de fundamento da responsabilidade dos pais no poder parental, guarda ou controle físico, a responsabilidade deve ser determinada a quem exercita verdadeira vigilância sobre o menor⁵⁴. Tal opinião não pode ser acatada sem restrições em vista da pluralidade de fundamentos da responsabilidade dos genitores, sejam eles os comuns já estudados ou os especiais em andamento.

O dever de vigilância soma-se ao fundamento culpa e faz brotar a culpa *in vigilando*. O seu descumprimento, sendo assim, sujeita o responsável à obrigação de indenizar, à medida que a responsabilidade nasce da infração deste dever, pelo menos até que o menor se torne plenamente responsável com a maioridade civil⁵⁵.

O efeito da não vigilância, no dizer de CHIRONI, é supor a “*violação de um dever jurídico inerente ao poder exercido sobre a pessoa de cujo ato ilícito está obrigado a*”

⁵¹ GÓMEZ CALLE, Esther. **La responsabilidad civil de los padres**. Madrid : Montecorvo, 1992. p. 323.

⁵² CHIRONI, G. P. **La colpa**. Torino : Fratelli Bocca, 1906. p.133.

⁵³ Art.1.521. “São também responsáveis pela reparação civil:
l - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia”.

⁵⁴ PEREIRA, Sergio Gischkow. A guarda conjunta de menores no direito brasileiro. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 13, n. 36, p. 63, mar. 1986.

⁵⁵ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988. p. 350.
Código Civil, artigo 9º: “Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.[...]”.

responder".⁵⁶

Admite-se, ainda, aferir a vigilância como complemento de boa educação, sob a presunção de que um *"filho criado por quem observe à risca esses deveres não pode ser autor de injusto prejuízo para outrem"*.⁵⁷

Confirmando o efeito do dever de vigilância, encontra-se o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em que a responsabilidade do pai foi afastada pela impossibilidade de este exercer a vigilância sobre o filho que se encontrava servindo o exército⁵⁸.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sem atentar para a vigilância devida, em acórdão versando sobre a responsabilização de clube pelo afogamento de menor em sua piscina, quando estava acompanhado do pai, entendeu que houve negligência do clube, mesmo não sendo o pai sócio⁵⁹.

O dever de vigilância, comportando-se de forma similar à guarda, sofre fortes influências da sociedade contemporânea, especialmente pelas transformações que

⁵⁶ No original: *"[...] la omisión de la vigilancia supone la violación de un deber jurídico inherente a la potestad ejercida sobre la persona de cuyo hecho ilícito est áobligado a responder"* (CHIRONI, G. P. **La culpa**, p. 104 - tradução livre).

⁵⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade** ..., p. 513.

⁵⁸ *"Irresponsabilidade do pai quanto aos atos praticados pelo filho, sob condições em que não poderia exercer qualquer tipo de vigilância, não lhe cabendo culpa 'in vigilando'. O pagamento do dote e da pensão alimentícia são de responsabilidade do seu filho que é profissional do volante, percebendo remuneração mensal, e em condições para cumprir com a condenação.*

[...] O pai é obrigado a seguir atentamente os passos do filho, porém, essa vigilância ininterrupta só será exigível quando em razão da idade for possível e não no caso. O filho estava com 18 anos e servindo o Exército. Ora, é evidente que estando o filho sob a jurisdição militar, aquartelado, embora vez por outra venha à casa dos pais, a vigilância se torna impossível. Não se pode atribuir, e isto salta aos olhos, culpa 'in vigilando' ao pai por ter o filho, tido relações sexuais com uma moça quase da sua idade" (PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1.456/84, Relator Silvio Romero, 09 abr. 1985. **Paraná Judiciário**, Curitiba, v. 14, p. 140-1, 1985).

⁵⁹ *"Afogamento de menor em piscina de clube esportivo. Provada a culpa do clube, pela falta de piscinista na ocasião, pouco importa o fato de o pai do menor estar presente e de não ser sócio do referido clube. Impõe-se a procedência da ação.*

[...]

Toda a argumentação do réu consistiu em alegar que o pai da vítima não era sócio e que estava presente, cabendo-lhe cuidar do menor, alegações, data venia, improcedentes, pois é inegável que a negligência do clube, deixando de manter constantemente um salva-vidas em cada piscina, foi condição sine qua non do acidente" (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.149/87. Relator Basileu Ribeiro Filho. 14 ago. 1987. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 627, p.185-6, jan. 1988).

atingiram a família.

Neste sentido, assevera Diogo Leite de CAMPOS que a desagregação familiar impediu a socialização dos filhos na nova família, enfraquecendo os vínculos entre os seus membros, deixando-a sem razão e suscetível de desagregação⁶⁰.

Além do fenômeno de desintegração da família nuclear, há a dificuldade de os pais exercerem a vigilância, oriunda da maior liberdade social atribuída aos adolescentes⁶¹.

Na determinação da responsabilidade dos pais pelos atos dos vigilados, portanto, o dever de vigilância não pode mais ser aplicado obrigatoriamente de forma rigorosa como se os genitores estivessem onipresentes em todos os momentos da vida do menor. Somando-se à guarda e ao poder parental como fundamento da responsabilidade dos pais, deve ele ser utilizado moderadamente diante das contingências atuais e do caso concreto.

5.4 EDUCAÇÃO

O dever de educação, último fundamento especial da responsabilidade civil dos pais, tem elevada importância em virtude de possibilitar atribuir à conduta dos pais, na maioria das vezes, os desvios de conduta dos filhos.

O Código Civil previu expressamente a educação como dever dos pais em relação aos filhos, inclusive o fez duplamente, uma no capítulo do “pátrio poder” e outra no capítulo das disposições gerais a respeito dos efeitos jurídicos do casamento⁶².

⁶⁰ CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In: TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo. **Direito de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 15-25.

⁶¹ GÓMEZ CALLE, op. cit., p. 435.

⁶² Art. 384. “*Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:*
I - Dirigir-lhes a criação e educação.”

Art. 231. “*São deveres de ambos os cônjuges:*
[...] IV - Sustento, guarda e educação dos filhos”.

Ainda em sede legislativa, o dever de educar, seguindo a tradição das Constituições Federais anteriores⁶³, não foi esquecido pela Constituição de 1988⁶⁴, estabelecendo ser a educação direito de todos e dever do Estado e da família, inclusive incorporando-a dentre os direitos sociais⁶⁵.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, complementando a Constituição Federal, previu, em sede de Lei ordinária, a educação como direito da criança e do adolescente,

⁶³ **Constituição de 16 de julho de 1934.** Título V. Da família, da educação e da cultura. Capítulo II. Da educação e da cultura. Art. 149. *“A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporciona-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no país, de modo que possibilite efficientes factores da vida moral e economica da Nação, e desenvolva num espirito brasileiro a consciencia da solidariedade humana”.*

Constituição de 10 de novembro de 1937. Da Família. Art. 125. *“A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular”.*

Art. 127. *“A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.*

O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-la de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral.

Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole”.

Constituição de 18 de setembro de 1946. Título VI. Da família, da educação e da cultura. Capítulo I Da família. Art. 164. *“É obrigatória, em todo o território nacional, a assistência à maternidade, à infância e à adolescência. A lei instituirá o amparo das famílias de prole numerosa”.*

Capítulo II Da educação e da cultura. Art. 166. *“A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”.*

Constituição de 24 de janeiro de 1967. Título IV. Da família, da educação e da cultura. Art. 167. *“A família e constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. [...]§ 4º A lei instituirá a assistência à maternidade, à infância e à adolescência”.*

Art. 168. *“A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana”.*

Constituição de 17 de outubro de 1969. Título IV. Da família, da educação e da cultura. Art. 175. *“A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos poderes públicos. [...]§ 4º Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais”.*

Art. 176. *“A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola”.*

⁶⁴ Art. 205. *“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.*

⁶⁵ Art. 6º. *“São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição”.*

descrevendo a sua finalidade de “*pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho*”⁶⁶. Em seguida, estipulou o alcance da educação enquanto dever distribuído ao Estado, prevendo em sentido geral o dever de ensino⁶⁷.

Estabelecida a educação como dever dos pais perante os filhos, cabe investigar o alcance do termo, isto é, quais as tarefas que são atribuídas aos genitores em razão deste dever.

Compreende a educação, neste intento, um sentido intelectual e outro moral⁶⁸, consistindo em outro dever inerente ao poder parental. Confirmando o conteúdo declinado, encontram-se os ensinamentos de Luiz da Cunha GONÇALVES segundo o qual ela compreende “*o desenvolvimento físico, intelectual e moral do filho, ou seja, tanto a instrução, como a dignificação e a moralização da personalidade, pela polidez das maneiras e pela correção de atitudes, de palavras e costumes, sendo esta a educação propriamente, sobretudo na boa sociedade*”.⁶⁹

A doutrina alemã de Henrich LEHMANN, considera o dever de educação como influência psíquica exercitada pelos pais sobre os filhos, com o fim de capacitá-los corporal, espiritual e socialmente, observando as afeições e atitudes do educando, a fim de harmonizar a linha de educação adotada com as circunstâncias inerentes ao menor, objeto desta instrução⁷⁰.

Em sentido semelhante, Angelo Carlo PELOSI confere à função educativa do “pátrio poder” a conseqüência de importar numa atividade espiritual e material, que visa formar intelectual e moralmente a personalidade do filho e assegurar o

⁶⁶ Art. 53. “*A criança e o adolescente têm o direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:[...]*”.

⁶⁷ Artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *verbis*: Art. 53. “*A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: [...]*”.

⁶⁸ SANTOS NETO, *op. cit.*, p. 113.

⁶⁹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. v. II, t. I. *Op. cit.*, p. 447.

⁷⁰ LEHMANN, *op. cit.*, p. 309.

desenvolvimento físico⁷¹.

Contemporaneamente, compreende-se que componha o dever de educação a orientação, a transmissão das experiências e ensinamentos que sirvam para vida, cabendo aos genitores a fiscalização da conduta dos menores para impedir desvios⁷².

O dever de educação, influenciado pelo cunho funcional do poder parental, pode levar a responsabilidade objetiva ou por garantia dos genitores.

Argumenta-se, para tanto, que ao ser presumida a falha na educação e o nexo entre a falha e a conduta do filho, há mero exercício de argumentação, pois a diminuta possibilidade dos pais se exonerarem impõe a responsabilidade sem culpa⁷³.

Propugna-se, por outro lado, haver sempre expressiva responsabilidade dos pais pelo que sucede na vida dos filhos, na perspectiva da educação fornecida a eles desde o nascimento⁷⁴.

O caráter de função do poder parental não deve, contudo, ofuscar a apreciação de todas as questões envolvidas no fato, principalmente quanto ao exercício do dever de educação.

A sua execução deve observar os momentos de desenvolvimento do raciocínio da criança, fornecidos por Jean PIAGET, resumidos no estágio dos reflexos, dos hábitos motores e primeiras percepções, da inteligência senso-motora ou prática, da inteligência intuitiva, das operações intelectuais concretas e das operações intelectuais

⁷¹ PELOSI, op. cit., p.161.

⁷² SANTOS NETO, op. cit., p. 114. Correlato do dever de educar é o direito de correção, que integra uma das prerrogativas do poder parental, porém, simultaneamente, constitui um dever, porque mediante seu exercício arrumam-se os defeitos de natureza e se modifica os adquiridos pelos filhos (GOMEZ MORAN, op. cit., p. 335).

Até mesmo o exercício do dever de correção, em contrapartida ao dever de educar, serve de instrumento para a formação do caráter do menor.

⁷³ FACCHINI NETO, Eugenio. **Da responsabilidade civil pelo fato de outrem**. São Paulo, 198-. Dissertação de Mestrado - Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. p. 102.

⁷⁴ CHARBONNEAU, Paul-Eugène. **Adolescência e liberdade**. São Paulo : Pedagógica e Universária & Escola de Pais do Brasil, 1980. p. 3

abstratas⁷⁵.

Aparentemente não são vistos limites à liberdade dos pais em dirigir a educação dos filhos, incluindo alguns dos autores até mesmo a escolha da religião dentre aquelas atribuições da educação. Ocorre que a liberdade na educação dada pelo pai, segundo a doutrina mais ponderada, tem limite na exigência do Estado, de impedir que o genitor escolha atividade ilícita, contrária ao ordenamento jurídico⁷⁶.

O não cumprimento do dever de educar, assevera a doutrina clássica da responsabilidade dos pais, gera o menor mal educado que, por si só, manifesta a falha neste dever e, via de consequência, impõe aos pais a obrigação de indenizarem o prejuízo causado pelo filho, justificando a presunção por ser o mais provável⁷⁷.

Neste caso, pela falha na educação será constatada a culpa na modalidade *in educando*, representando outra fórmula que finalisticamente responsabiliza os pais, somando os fundamentos genéricos com os específicos.

À guisa de exemplo do dever de educação como gerador da responsabilidade dos genitores, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, considerou que, em caso de acidente de trânsito, a culpa *in educando* se dá pela presunção de que o

⁷⁵ PIAGET, Jean. **Seis estudos de psicologia**. 19. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993. p. 13. Segundo o autor, seis são os estágios de desenvolvimento do raciocínio:

1º) O estágio dos reflexos, ou mecanismos hereditários, assim como também das primeiras tendências instintivas (nutrições) e das primeiras emoções;

2º) O estágio dos primeiros hábitos motores e das primeiras percepções organizadas, como também dos primeiros sentimentos diferenciados;

3º) O estágio da inteligência senso-motora ou prática (anterior à linguagem), das regulações afetivas elementares e das primeiras fixações exteriores da efetividade. Estes três primeiros estágios constituem o período da lactância (até por volta de um ano e meio a dois anos, isto é, anterior ao desenvolvimento da linguagem e do pensamento);

4º) O estágio da inteligência intuitiva, dos sentimentos interindividuais espontâneos e das relações sociais de submissão ao adulto (de dois a sete anos, ou segunda parte da primeira infância);

5º) O estágio das operações intelectuais concretas (começo da lógica) e dos sentimentos morais e sociais de cooperação (de sete a onze-doze anos);

6º) O estágio das operações intelectuais abstratas, da formação da personalidade e da inserção afetiva e intelectual na sociedade dos adultos (adolescência) (Ibid., p. 13).

⁷⁶ PELOSI, op. cit., p.164.

⁷⁷ Consoante: MIRANDA, Pontes de. Das obrigações por actos illicitos. In: LACERDA, Paulo de. **Manual do Código Civil Brasileiro** : Direito das Obrigações. v. XVI. 3ª parte. t. I. p. 286-90. O autor considera que nem mesmo a natureza "ineducável" do menor é hábil para elidir a responsabilidade dos pais pela inobservância deste dever (Ibid., p. 286-90).

menor seria contido se fosse educado⁷⁸.

O dever de educação não está, contudo, isolado da triste realidade do Brasil, onde a taxa de alfabetização diminui gradativamente e, em número absoluto, aumenta anualmente.

O Plano Nacional de Desenvolvimento (PND) aponta para uma taxa de escolarização em 1990 de noventa e oito por cento (98%) de freqüência escolar para a classe alta, enquanto os mais pobres têm cerca de vinte e cinco por cento (25%) de suas crianças na escola⁷⁹.

A fixação do conteúdo do dever de educar, igualmente aos outros deveres do poder parental, pode ser concebida de forma menos rígida, cabendo trazer a lume opiniões doutrinárias a respeito.

Assim, aproximando da realidade o dever de educar, Antonio Junqueira de AZEVEDO, pondera:

[..] vê-se logo que atribuir aos pais a responsabilidade, quando o caso é de culpa in educando, pode não resultar de uma justa apreciação da situação; daí advogarmos uma orientação jurisprudencial rente aos fatos: somente se pode falar em abdicação, ou em omissão na educação, quando a atitude dos pais discrepa das idéias gerais sobre a educação que deve ser dada no meio social em que eles vivem; o juiz deve examinar, além

⁷⁸ Neste sentido, a jurisprudência:

“Quer se tenha ou não entregado automóvel a menor sem habilitação legal, seu filho, a responsabilidade dos pais por acidente de trânsito por aquele ocasionado é indireta, decorrente do pátrio poder, cujo dever de vigiar o filho, impedindo-o de dirigir o veículo, obriga-os, consumado o ilícito por ele, a indenizar as conseqüências do ato.

[...] Predomina, no entanto, a posição da culpa presumida, só se exonerando os pais se comprovarem que bem educaram seus filhos. Um filho que observe o dever de obediência que lhe incute os pais só por isso já demonstra que estes não se descuraram de suas obrigações de assistência, de educação e vigilância, inerentes ao pátrio poder (CC, art. 384, I e VII). Só se desoneram os pais, na verdade, se comprovarem da impossibilidade de evitar o ato danoso, conjugada ao fato de haverem cumprido com seus deveres de educação e de vigilância, ínsitos ao pátrio poder.

Ora, não logrou o apelante, no caso, comprovar que bem educava seu filho, tanto que fora desobedecido (sem grifos no original). Antes já o havia sido por um outro. E, tivesse logrado conter o menor, não teria este se apoderado do carro.

De nada lhe vale, portanto, a prova de ter o menor se apossado do veículo contra sua vontade, ou, mesmo, contra proibição sua, se desrespeitado, na verdade, fora.

E já decidiu esta Corte que, ‘ainda que tivesse o filho, às escondidas do pai dirigido o automotor deste último, responde o genitor pelos danos acarretados em outro veículo, por força da culpa in vigilando’.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n. 187022843, Relator Alceu Binato de Moraes, 01 set. 1987. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 624, p. 202-205, out. 1987).

⁷⁹ EDUC.HTM. Educação no Brasil. IBGE, <http://www.ibge.gov.br/brasil>. 19 jul. 1996. HTML.

disso, qual a situação concreta do fato ocorrido, investigando se o ato cometido pelo menor é menos ou mais comum no meio em que ele vive. Esse meio pode ser, ordinariamente, tão ou mais responsável que os pais na formação dos menores, e, assim, não é justo que, no caso concreto, os pais arquem sozinhos com as conseqüências.⁸⁰

Completando seus esclarecimentos, defende Antonio Junqueira de AZEVEDO que não se pode atribuir simplesmente a responsabilidade à falta de educação, exigindo a aplicação das normas com extremo cuidado do exegeta. Diz ele que *“aqui, mais do que nunca, tem aplicação a norma de que cada caso é um caso, de forma a não poder o juiz aplicar maquinalmente conceitos, esquemas e decisões anteriores à questão que tem submetida a seu veredito”*.⁸¹

Em suma, *“o poder de educar deve levar em consideração a instrução consoante a posição econômica da família”*.⁸² Além disso, *“a educação deve ser considerada como um fato que influi sobre o gênero de vigilância que se deve manter”*.⁸³

O dever de educação, decorrente da guarda e poder parental, pode ser conjugado ou não com o de vigilância, para fazer surtir sobre os pais os efeitos do vínculo indenizatório derivados dos atos danosos dos filhos⁸⁴, constitui o último dos

⁸⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Responsabilidade civil dos pais. In: CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p.63.

⁸¹ Ibid., p. 64. A dificuldade de preencher a noção do dever de educar leva a doutrina a justificar a inexistência de critério prévio com o entendimento de que compete aos pais instruir o filho para a vida, segundo os elementos primários e de acordo com compatibilidade exigida pela posição social e recursos disponíveis (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições...**, p. 244). Apesar da generalização efetuada, o mesmo autor ousa ilustrar o conteúdo da educação e criação com a escolha do estabelecimento de ensino, a direção espiritual conveniente, o grau de instrução e até mesmo a profissão que seguirá (Ibid., p. 244).

⁸² No original: *“innanzi tutto, il genitore deve dare al figlio l'educazione e l'istruzione adeguata alla posizione economica della famiglia [...]”*. (DEGNI, op. cit., p. 417).

⁸³ KARAM, Munir. Responsabilidade civil dos pais pelo fato do filho. In: FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo, v. 65, p. 400, 1977.

⁸⁴ Corroborando essa afirmação, em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, oriundo de incêndio em caso no qual ficou patente a responsabilidade do pai pelo ato do filho menor que jogou um cigarro de palha em determinado local de uma picada, exaltou ambos deveres: *“...Estabelecida a responsabilidade do réu, agente direto do dano, deve ser reconhecida, outrossim, a do seu pai, indiretamente? Tem-se sempre sustentado a responsabilidade presumida do pai, pelos atos do filho. Se este é relativamente capaz, a situação se enquadra no parágrafo único do art. 1.518, do Código Civil, ante o vínculo de solidariedade. Trata-se, na verdade, de responsabilidade própria, prevista pelo art. 1.521 do Código Civil, em virtude de ação de outrem, de prejuízo a terceiro, mas por culpa própria, em razão de deficiência na sua ação 'in eligendo' ou 'in vigilando', na fiscalização ou educação de outrem, dever que lhe compete, a*

fundamentos especiais da responsabilidade dos genitores.

Na guarda, as transformações excluíram a dependência que ela tinha do antigo “pátrio poder” e adquiriu autonomia e existência própria.

O poder parental, a guarda, o descumprimento do dever de vigilância e do dever de educação, consistem nos fundamentos especiais da responsabilidade dos genitores que, mesclados com os genéricos, justificam o vínculo indenizatório.

*daí a imputação das conseqüências quando falha. Cogita-se, portanto, de responsabilidade, em última análise, por fato próprio, omissivo, que contribui para o ilícito danoso de outrem. Daí, provada a culpa do escolhido ou vigiado, se presumir a de quem compete, expressamente, nos termos legais, a escolha e a vigilância. Presunção, todavia, 'juris tantum', isto é, salvo prova em contrário. Demonstrado, no entanto, que o pai não concorreu com culpa pela prática do ato ilícito do filho menor, que vive em sua companhia, não deve ser responsabilizado civilmente. Não envolve negligência, por exemplo, do pai, se o ato foi praticado pelo filho em local e situação que não poderia fiscalizar e a quem se deu boa educação, e cujo ato ilícito é fruto de circunstâncias especiais. Isso porque os pais não podem privar os filhos de todo o contacto com o mundo, principalmente, à medida que vão crescendo e se aproximando da idade adulta, bem como impedir a prática de atos tidos como próprios dos moços da sua idade. No caso dos autos como se situa a questão? Qual o nexos causal entre a fiscalização e educação do filho pelo pai e o ato ilícito por aquele praticado, de modo a atingir este? Ora, pela prova testemunhal se conclui ser o filho rapaz, então de 19 anos, de bons costumes, trabalhador, vivendo de certo modo de economia própria, já no exercício dos seus direitos políticos de eleitor, educado pelo pai para ser um bom cidadão, um elemento útil à pátria. Jamais se poderá, por outro lado, e ainda mais nas fazendas, na vida campestre, entender como defeito de educação o permitir o filho fumar, filho de 19 anos, que já participava na vida política do País e já contribuída com o seu trabalho para a economia doméstica. Nem se poderá acoimar de vício de educação o simples fato de haver jogado toco de cigarros na relva que beira a estrada, mesmo se de papel. Aliás, a espontaneidade com que se acusou o réu do ato praticado, constitui circunstância comprovadora de que estava advertido, por certo, através da educação recebida do outro réu, do risco de jogar um cigarro aceso na relva, especialmente na época do estio” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 79.164. Relator Designado O. A. Bandeira de Mello, 03 fev. 1962. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 276, p. 211-6, out. 1958).*

6 CONDIÇÕES DE ESTABELECIMENTO DO VÍNCULO INDENIZATÓRIO

Conhecidos os fundamentos da responsabilidade que cabe aos genitores pelos atos dos filhos, deve-se perquirir quais as condições impostas, os elementos que devem estar presentes, para que ela resulte do fato danoso cometido pelo menor.

Não há concordância da doutrina a respeito¹, sequer quanto à delimitação de quais seriam estas condições. A título de exemplo, uma das opiniões mais simplificadas de estabelecimento das condições oferece BELTRÁN DE HEREDIA, pela qual a alteração do Código Civil espanhol em 1981 teria estabelecido como única condição para o vínculo indenizatório que os filhos se encontrem sob a guarda dos pais².

De forma mais complexa, manifesta-se CHIRONI, admitindo cinco condições da responsabilidade dos pais: a) a culpa pessoal do obrigado derivada do descuido de vigilância, que deveria ter sido exercida pelo responsável, possibilitando o fato ilícito prejudicial ao interesse alheio; b) a culpa do obrigado, por não cumprir o dever que a ele cabia; c) a omissão do dever de vigiar como razão da culpa; d) a dispensabilidade ao prejudicado de provar a culpa; e) a responsabilização por fato alheio, havendo liame

¹ Eis a posição de alguns autores:

a) dano, nexo de causalidade, ato praticado por menor sob o pátrio poder do responsável, guarda ou vigilância do responsável imediato pelo menor (SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 81);

b) menoridade, ato ilícito do menor e habitação deste com os pais (SAVATIER, René. **Cours de Droit Civil**. 10. ed. t. I. Paris : Droit et de Jurisprudence, 1947. p. 124-5);

c) autoridade parental, comunidade de habitação e fato danoso cometido pelo menor (CARBONNIER, Jean. **Droit civil** : Les obligations. Paris : Universitaires de France, 1956. p. 401-2);

d) menoridade, a submissão ao pátrio poder e a habitação conjunta (ERNESTO SALAS, Acchel. **Estudios sobre la responsabilidad civil**. Buenos Aires : Valerios Abeledo, 1947. p. 355);

e) 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 quer responsabilizar e exercício da guarda ou vigilância imediata por essa pessoa (GÓMEZ CALLE, Esther. **La responsabilidad civil de los padres**. Madrid : Montecorvo, 1992. p. 290-314).

² BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen Lopez. **La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos**. Madrid : Tecnos, 1988. p 290.

de causa e efeito entre eles³.

Dentre todas as posições, prefere-se considerar como requisitos os que melhor se coadunam com a responsabilidade dos pais: menoridade, coabitação, culpa do menor e demais requisitos comuns a todos os casos de responsabilidade civil⁴, elementos sem os quais não se produziria o vínculo indenizatório dos genitores.

6.1 MENORIDADE

Primeiro requisito da responsabilidade dos pais, a menoridade⁵ tem sua razão de ser na inimputabilidade, pois ela retira dos filhos as conseqüências civis dos seus atos e a deposita na pessoa dos seus genitores.

A inimputabilidade dos menores pode ser dividida em “integral” para os “menores infantes” e “parcial” ou responsabilidade solidária para os “menores adolescentes”.

Para a inimputabilidade dos infantes, os ordenamentos comportam-se de maneira semelhante, de tal forma que estabelecem um limite até determinada idade: sete anos em Portugal, dez anos na Argentina e dezesseis anos no Brasil⁶.

Com relação aos adolescentes, os ordenamentos ampliam a divergência quanto ao critério utilizado com o objetivo de considerá-los responsáveis solidariamente com

³ CHIRONI, G. P. **La culpa en el Derecho Civil moderno**. 2. ed. t. II. Madrid : Reus, 1928. p. 90-1

⁴ Nesta direção: VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. V. I. 7. ed. Coimbra : Almedina, 1991, p. 515.

⁵ Art. 1.521. *“São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem em seu poder e em sua companhia [...]”*.

⁶ Código Civil português, artigo 488º: *“2. Presume-se falta de imputabilidade nos menores de sete anos e nos interditos por anomalia psíquica”*.

Código Civil argentino, artigo 1076: *“Para que el acto se repute delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor. El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren”*.

Código Civil brasileiro, artigo 5º: *“São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - Os menores de dezesseis anos”*.

Artigo 156: *“O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado”*.

os seus genitores.

Em alguns direitos alienígenas⁷, prefere-se o critério subjetivo misto, segundo o qual afere-se subjetivamente a inimputabilidade do menor adolescente por meio de juízo de valor sobre a sua capacidade de entender e de querer. A responsabilidade recairá, caso positivo o resultado desta valoração, na pessoa daquele que, embora menor, tenha causado o dano movido pela sua capacidade de entender e querer, sobejando a responsabilidade solidária dos pais⁸.

No Direito brasileiro⁹, a disciplina da menoridade não adota o critério subjetivo, ou seja, a efetiva capacidade de entender e querer do menor, definindo a responsabilidade do adolescente mediante o critério biológico. Prevê o Código Civil a responsabilidade solidária dos maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um anos de idade, fixando a responsabilidade plena a partir de vinte e um anos de idade.

Levando-se em consideração que o Código Civil não atenta para a capacidade de entender e querer, não se pode negar a objetividade do critério legal pátrio. Daí o equívoco de Alvino LIMA que, aproxima-se do direito comparado, distingue a situação do *infans*, por lhe faltar discernimento, entendendo pela impossibilidade de cometer ato culposos, à medida que a inexistência desta capacidade natural excluiria a reprovação do ato do agente¹⁰.

Note-se que se a inimputabilidade dos menores pode ser parcial ou total, os efeitos frente aos genitores são diversos, conforme seja ou não do agente direto

⁷ A título de exemplo, o Código Civil Português:

Artigo 488º. "1. Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório.

2. Presume-se falta de imputabilidade nos menores de sete anos e nos interditos por anomalia psíquica".

⁸ Segundo GÓMEZ CALLE, modernos estudos psicológicos, o menor com idade até 6/7 anos não goza da capacidade de entender a importância da atuação e para sentir-se obrigado perante terceiros, atuando conforme regras egocêntricas e individuais. Dos 7 aos 10 anos é quando começam a desenvolver-se os caracteres que permitem falar em capacidade de culpa. (GÓMEZ CALLE, op. cit., p. 25)

⁹ Código Civil: "Art. 156. "O menor, entre dezesseis e vinte e um anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado".

¹⁰ LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro : Forense, 1973. p. 40.

causador do dano.

Na inimputabilidade total dos menores infantes, atribui-se integralmente a responsabilidade civil pelos seus atos aos genitores, ao passo que para os menores adolescentes, a imputabilidade parcial faz com que eles respondam a título solidário.

A culpa, fundamento genérico da responsabilidade, tem por pressuposto a capacidade de discernimento, caso contrário o agente ofensor não estaria consciente da violação do dever de não lesar outrem para responder pelos seus atos.

O artigo 156 do Código Civil, opondo-se a essa dedução, diferencia inimputabilidade de incapacidade ao equiparar aqueles menores entre dezesseis anos e vinte e um anos de idade aos maiores, para efeito de fazer eles responderem ao menos solidariamente com seus pais¹¹.

Contudo, conforme assente na doutrina e jurisprudência, esta responsabilidade parcial dos menores adolescentes não significa que eles tenham se libertado do “pátrio poder”, pois se isso fosse verdade, inexistiria a solidariedade dos genitores¹².

Na relação solidária entre o menor autor direto do dano e os genitores responsáveis pelo ato dele, o prejudicado pode escolher quem irá acionar¹³, vedando-

¹¹ SILVA, Wilson de Melo da. **Da responsabilidade civil automobilística**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1975 p. 101-2. Em questão de delitos de trânsito, a habilitação conferida pelo Estado ao filho maior de 18 anos isentaria o dever de vigilância do pai, por estabelecer a capacidade técnica do filho, salvo se ele se tornasse incapaz, enquanto para o menor de 18 anos não restaria dúvida a responsabilidade subsidiária dos representantes legais (Ibid., p. 101-2).

¹² PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos menores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 55, p. 14, jan. 1982. Em igual linha, a jurisprudência:
“O art. 156 do CC não afasta a eventual responsabilidade solidária dos pais por ato ilícito de filho maior de 16 e menor de 21 anos.

Em suma, o art. 156 do CC. significa apenas que o menor com mais de 16 anos de idade é responsável, pessoalmente, pelos seus atos ilícitos; não afasta, de modo algum, a eventual responsabilidade solidária dos pais.

*Nesse sentido, igualmente, já decidiu o E. Tribunal de Justiça, invocando lições de Carvalho Santos e Aguiar Dias, em v. acórdão da lavra do eminente Juiz Carlos Antonini, deste 1º Tribunal de Alçada Civil, na ocasião exercendo as funções de Desembargador (in ‘Revista de Jurisprudência do TJSP’, ed. Lex, 28/61)” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 275.244. Relator Arthur de Godoy. 04 mar. 1980. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 541, p. 88-9, nov. 1980).*

¹³ SOTO NIETO, Francisco. **La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo**. Madrid : Montecorvo, 1982. p. 192.

se expressamente o direito de regresso pelo pai em relação ao filho no Código Civil¹⁴.

A despeito da responsabilidade solidária pelo mesmo fato, na qual tanto o menor como o pai respondem perante o prejudicado, a maior parte das vezes o lesado aciona exclusivamente o genitor, por ser incomum que o menor tenha condições econômicas para a indenização¹⁵.

O entendimento do Direito Civil clássico com relação à menoridade foi objeto de reforma mediante a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, trazendo para o Direito Civil novas designações e fixando novos limites para a imputabilidade por ato infracional dos menores: a criança, assim considerado o menor até doze anos de idade incompletos e, o adolescente, aquele entre doze e dezoito anos de idade¹⁶.

O conceito de “menor” foi dividido, portanto, em duas novas categorias - crianças e adolescentes - fazendo com que o instituto jurídico da responsabilidade dos pais se depare com esta nova realidade.

Para efeito de saber a adequação da postura jurídica em relação a estas duas espécies de menores faz-se necessário considerar os aspectos psicológicos, sociais e jurídicos.

Afirma-se na seara da psicologia que, segundo o comportamento padrão da criança, entendida aqui aquela com idade até doze anos, ajusta-se gradativamente ao meio social, recebendo influência em primeiro plano da família e da escola, posteriormente dos meios de comunicação e do contato com terceiros¹⁷. Esse processo de enquadramento produz conflitos, crises e tensões, proporcionando instabilidade no comportamento da criança¹⁸.

¹⁴ Art. 1.524. “O que ressarcir o dano causado por outrem, se este não for descendente seu, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago”.

¹⁵ TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di Diritto Privato**. 9. ed. Milano : A. Giuffrè, 1991. p.138.

¹⁶ Art. 1º “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”.

Art. 2º “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade[...]”.

¹⁷ DAMAZIO, Reynaldo Luiz. Criança. In: Criança, Adolescência e Menor. **Coleção primeiros passos**. São Paulo : Círculo do Livro, s.d., p. 21.

¹⁸ Ibid., p. 21.

No aspecto social, a agressividade do mundo contemporâneo e a fragmentação da família influem negativamente na forma de criar e exercer os direitos e deveres do poder parental, perdendo aos poucos a característica de célula social e, via de conseqüência, deixando de ser gradativamente o referencial mais importante na formação da criança¹⁹.

Na ótica jurídica, essa criança, incapaz de abstrair, sujeita os genitores a cumprirem de forma severa todos os deveres do poder parental, sem compartilhar ou mitigar.

Conseqüência jurídica do desenvolvimento incompleto, atribui-se a responsabilidade aos pais ao menos por presunção de culpa tendencialmente da modalidade “in vigilando”, pois em vista do escasso desenvolvimento psíquico e social da criança, faz preponderar sobre os pais esta modalidade de dever.

Foi dito “ao menos” porque, com a severidade na exigência dos deveres, a responsabilidade dos genitores pelos atos das crianças assume paulatinamente a feição objetiva atribuída pelos tribunais.

Em tal sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apreciando lesões corporais graves pela perda total da visão de um olho do menor, considerou o exercício da vigilância de maneira objetiva²⁰. Esta tendência jurisprudencial tem por ser conseqüência a natural “fragilidade” da pessoa sobre a qual deveriam recair todos os cuidados, bem como do predomínio do interesse da vítima.

¹⁹ Ibid., p. 23.

²⁰ “[...] Na fundamentação da sentença constam os seguintes e irrefutáveis argumentos: Conhecendo o filho e conhecendo a arma, Cláudio Pakulski tinha obrigação de pelo menos esconder os dardos, colocá-los absolutamente longe do alcance do menino. Não usando de tal precaução, foi imprudente. E pouco importa tenha sido seu filho ou outra quem detonou a arma. Sua culpa reside no fato de omitir cautelas tendentes a evitar que a arma saísse de casa, quer pelas mãos do filho, quer pelas mãos de outrem, na melhor das hipóteses.

‘A órbita de influência da paternidade não se restringe ao comezinho, não se esgota no *rerum matrimonialium cura*. Mormente quando, por omissão na área familiar, reflete negativamente no meio social, exigindo a extensão dessa responsabilidade paternal’.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira: ‘A lei faz presumir a culpa dos pais, deduzindo-a do dever de vigilância. Não lhe bastaria, pois, a alegação de que tomou as cautelas normais e que o filho traiu a sua vigilância para que se exima do dever legal. Sua obrigação é ressarcir o dano causado pela culpa do filho menor. E somente se livra forro provando a inimputabilidade genérica, ou a juridicidade do comportamento do filho [...]’ (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 399.380, Relator Juiz Athos Gusmão Carneiro, 09 dez 1981. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 559, p. 202-6, maio 1982).

Para os adolescentes, diferenciando-se das crianças, a responsabilidade dos pais ganha outros contornos, pois a psicologia e a sociologia, elementos influenciadores do saber jurídico, comportam-se de maneira diversa.

No plano psicológico os adolescentes são favorecidos pela evolução qualitativa do pensamento que gera a inteligência, destacando-se o raciocínio abstrato que se diferencia bruscamente das operações mentais concretas da infância²¹.

Explica a doutrina que *“a capacidade de engendrar possibilidades, formular hipóteses e pensar a respeito de símbolos sem base na realidade permite ao adolescente passar a especular, abstrair, analisar, criticar”*, afetando a vida do menor adolescente em todos os seus aspectos²².

Apesar da atitude do adolescente revelar conflitos de ordem ideológica contra a sociedade, lutam eles constantemente pela liberdade, podendo-se até dizer que, dentre os impasses que a vida oferece, a liberdade seja o valor que a consciência mais invoca²³.

Reconhecendo a sua importância, o Direito acolheu a liberdade como direito fundamental da criança e do adolescente, inclusive tendo o cuidado de elencar expressamente o que compreende este direito, como o direito de ir e vir nos locais públicos, opinião e expressão etc²⁴.

A concessão da liberdade não provém isoladamente, estando relacionada

²¹ BECKER, Daniel. Adolescência. In: Criança, Adolescência e Menor. **Coleção primeiros passos**. São Paulo : Círculo do Livro, s.d. p. 53.

²² Ibid., p. 53.

²³ GONÇALVES, Ernesto Lima; GONÇALVES, Maria Aparecida Ataliba de Lima. **Educação ao longo da vida**. São Paulo : Almed, 1983 p. 150.

²⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 13 jul.1990):

Art. 15. *“A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao [...]”*.

Art. 16. *“O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:*

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

II - opinião e expressão;

III - crença e culto religioso;

IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;

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

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

VII - buscar refúgio, auxílio e orientação”.

diretamente com a educação, consistindo esta na razão de ser daquela: *“toda educação é, pois, necessariamente, uma libertação”*.²⁵

E continua a doutrina com a sua prospecção, ao considerar que *“educar uma liberdade antes de tudo é impregná-la de responsabilidade. ...Segundo Sartre, só existirá a liberdade quando educa e não haverá educação a não ser quando se insistir sobre a responsabilidade com uma ênfase, pelo menos igual aquela que se usa para louvar o exercício do livre-arbítrio”*.²⁶

A liberdade do adolescente está imbricada, assim, na confiança depositada nele pelos seus pais depois de terem dado uma orientação segura²⁷. A concessão da liberdade, reconhecida como direito fundamental, impõe a responsabilidade, pois não se pode falar na primeira sem correlacioná-la com a segunda.

Atento a estes fatores, acrescentando a necessidade de adequar o Direito à nova realidade do adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente atribuiu ao adolescente, como medida sócio-educativa, a obrigação de reparar o dano oriundo da prática de ato infracional com reflexos patrimoniais²⁸.

Esta disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente confronta-se com o Código Civil, pois, se, de um lado, aquele Estatuto compreende como responsáveis por ato infracional os menores entre doze e dezoito anos, de outro, o Código Civil fixa a responsabilidade solidária dos menores entre dezesseis anos e vinte e um anos de idade.

Três fatores básicos diferenciam a responsabilidade dos adolescentes, portanto,

²⁵ CHARBONNEAU, Paul-Eugène. **Adolescência e liberdade**. São Paulo : Pedagógica e Universitária & Escola de Pais do Brasil, 1980. p. 133.

²⁶ Ibid., p. 148-9.

²⁷ Nessa direção, ensina CHARBONNEAU: *“Convém lembrar que o adolescente deve estar impregnado da seguinte convicção: o eu que encontra a sua expressão soberana na liberdade, é sempre vivido face a face com um tu. Isso significa que a relação eu-tu, que define a prática de toda liberdade, impõe o respeito incondicional e total ao outro, a todos os outros. A liberdade não será plena, devendo respeitar a liberdade do outro”* (Ibid., p. 208). Ainda: JURITSCH, Martin. **Sociologia da Paternidade** : O pai na família e no mundo, uma análise antropológica. Petrópolis : Vozes, 1970. p. 97

²⁸ Artigo 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente: *“Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano ou por outra forma compense o prejuízo da vítima [...]”*.

entre o Direito Civil clássico e o contemporâneo, respectivamente: a) responsabilidade solidária e responsabilidade por ato infracional; b) a partir dos dezesseis anos e a partir dos doze anos de idade; c) até vinte e um anos e até dezoito anos de idade.

Diante desse confronto legislativo, a doutrina, até o momento, se limitou a dizer que a interpretação sistemática e conjunta do Estatuto com o Código Civil leva à conclusão de que, acima de doze anos de idade, o menor responde solidariamente com os seus pais, resultando na extensão da responsabilidade solidária do artigo 156 do Código Civil²⁹ aos menores com até doze anos de idade.

A exegese doutrinária não apreciou, porém, o conflito entre a idade limítrofe do Estatuto da Criança e do Adolescente até dezoito anos e a idade máxima do Código Civil até vinte e um anos de idade. Visando suprir esta omissão, pode-se concordar com a manutenção do limite de idade de vinte e um anos do Código Civil, pois a redução da idade no Estatuto, por ser estabelecida em relação ao ato infracional, não antecipa a imputabilidade plena prevista no Código Civil.

Outra questão é a responsabilidade em si dos menores, para os quais prevê o Código Civil a solidariedade entre dezesseis e vinte e um anos de idade. Já o Estatuto estabeleceu a medida sócio-educativa de indenização dos danos à vítima para os menores entre doze e dezoito anos. Na interpretação sistemática das duas normas, é possível que a vítima utilize o Código Civil para alcançar o genitor se o menor não indenizar plenamente ou se a medida sócio-educativa escolhida não for essa ou se não for aplicável.

Por conseguinte, a condição da menoridade comporta diferentemente para as crianças e para os adolescentes. Quanto àquelas, os responsáveis pelos danos serão integralmente os genitores, enquanto para os adolescentes, contrariamente, respondem eles ao menos em solidariedade com os seus pais, senão a título próprio por medida sócio-educativa proveniente da prática de ato infracional.

O requisito da menoridade demonstra que, pela responsabilidade parcial do adolescente e pela irresponsabilidade plena da criança, o Direito atendeu ao interesse

²⁹ TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 237, jul./set. 1993.

do filho de ser juridicamente protegido. Confirmando a proteção de acordo com o grau de desenvolvimento pessoal, também admite-se o direito fundamental de liberdade, projetando sobre os adolescentes, que gozam de maior liberdade, a conseqüente responsabilidade³⁰.

A condição da menoridade sofreu mutações significativas do sistema clássico para o atual, reduzindo o patamar da idade para responder (com a ressalva de ser atinente ao ato infracional) para doze anos e criando as figuras da criança (até doze anos) e do adolescente (de doze a dezoito anos de idade).

6.2 COABITAÇÃO

A responsabilidade dos genitores não depende somente do pressuposto subjetivo da menoridade para a sua incidência, estando, em regra, condicionada ao elemento objetivo da convivência dos genitores com o filho ofensor³¹.

A expressão utilizada no Código Civil - viver em companhia - tem o significado de que *“se abrigue no mesmo teto, que permaneça na casa paterna, possibilitando a vigilância do pai, o que supõe, naturalmente, a capacidade do pai para exercê-la”*.³²

Uma das razões dela ser um dos requisitos para a responsabilidade está no fato da coabitação permitir que, tanto a educação como a vigilância e a correção, sejam exercidas de um modo mais completo, no dia-a-dia da vida em comum.

Na opinião da doutrina, os pais somente são responsáveis pelos seus filhos

³⁰ A respeito, vide capítulo “8.4”.

³¹ Art. 1.521. *“São também responsáveis pela reparação civil:
I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia”*.

³² DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Forense : Rio de Janeiro, 1994. p. 512.
A coabitação não se confunde com a guarda, embora a primeira vista possa parecer idêntica, pois *“ter o filho em companhia é poder estar com ele, acompanhar seu desenvolvimento, conversar, orientar. Ter o filho sob guarda, diversamente, é mantê-lo continuamente sob vigilância, é ter a posse dele”* (SANTOS NETO, op. cit., p. 135).

menores quando habitem com eles, pois a presunção de culpa deve estar conectada a uma condição objetiva asseguradora da verossimilhança desta presunção, motivo pelo qual a vida em comum permite supor que os pais poderiam exercer eficazmente a sua autoridade³³.

Exige-se, ainda, a habitação porque, longe da casa dos pais, o exercício do poder parental fica restrito, sofre limitações de tal modo que a vigilância se transforma em ilusão³⁴.

A coabitação possibilita, assim sendo, o exercício do poder parental, a guarda, a educação, a vigilância, enfim, a realização de todos os deveres atribuídos aos pais.

A justificação da coabitação como requisito da responsabilidade leva ao estudo do comportamento da doutrina frente a essa condição objetiva, podendo ela ser interpretada da mesma forma que os outros elementos. Distingue-se, no entanto, porque em resposta a sua comum utilização na tentativa de escusar a responsabilidade, possivelmente pela facilidade de lançar mão deste argumento, a doutrina acaba por agravá-la, diversificando apenas quanto ao grau.

Procede-se à flexão do requisito, de maneira a evitar que a simples não coabitação isente os genitores, pois o abandono do menor ou permissão de vagabundagem não servem para afastar a responsabilidade deles³⁵.

Porém, mesmo quando esta não seja possível ou conveniente para o filho, os pais não ficam liberados do dever de educar e corrigir, pois a cessação da coabitação pode evidenciar a sua culpa *in educando*³⁶, não servindo para não responderem pelos danos perpetrados pelos filhos.

Logo, não é qualquer motivo que justifica a exoneração da responsabilidade pela

³³ OLLIER, Pierre-Dominique. **La responsabilité civile des père et mère**. Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1961. p. 41.

³⁴ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. v. II, t.I; Buenos Aires : Europa-América, 19---. p. 502.

³⁵ ERNESTO SALAS, op. cit., p. 134.

³⁶ MIRANDA, Pontes de. Das obrigações por actos illicitos. In: LACERDA, Paulo de. **Manual do Código Civil Brasileiro** : Direito das Obrigações. v. XVI. 3ª parte. t. I. Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, 1927. p. 280.

não convivência³⁷. A razão mais comum, entretanto, para que a falta de habitação afaste a responsabilidade dos pais, é a exigência de motivo legítimo³⁸.

Dessa maneira, na prática analisa-se o caráter legítimo ou ilegítimo da separação entre genitores e filho, querendo-se extrair dos fatos se houve ou não atitude culposa do titular do poder parental anterior ao delito, ou uma circunstância deste, ou sua natureza, que faça crer em deficiência no cumprimento do dever de educação³⁹.

Para parcela agravadora da doutrina na aferição da legitimidade, quando não habite o menor com os pais e não haja transferência legal da guarda, a responsabilidade continua recaindo sobre os genitores⁴⁰.

Demonstração maior do agravamento doutrinário da coabitação está na sua admissão como condicionante da responsabilidade dos genitores após a maioridade do filho. Neste caso, afirma-se que ao continuar a morar os filhos com os pais após a maioridade, não haverá responsabilidade dos genitores, salvo culpa pessoal (direito

³⁷ CHIRONI, *La colpa...*, p. 118.

³⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade...*, p. 512.

³⁹ MELO, Albertino Daniel de. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem nos direitos francês e brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1972. p. 34.

⁴⁰ ERNESTO SALAS, op. cit., p. 136. Confirmando a necessidade de transferência legítima da guarda, CARBONNIER afirma: Da mesma forma, a doutrina: “O direito de coabitação será legítimo, quando os pais regularmente confiarem o menor a um terceiro, seja continuamente (internato) ou por algumas horas (escola)”. No original: “Le défaut de cohabitation est légitime, au contraire, quand les parents ont régulièrement confié l’enfant à un tiers, que ce soit continûment (apprenti logé, lycéen interne) ou pour quelques heures (enfant à l’école)” (CARBONNIER, op. cit., p. 401-2. - tradução livre).

Igualmente, a jurisprudência:

“A responsabilidade do pai por ato ilícito do filho menor ocorre quando este estiver sob seu poder e em sua companhia. A ausência de coabitação só isenta desta responsabilidade quando o genitor estiver impedido de fiscalizar e dirigir a conduta de seu filho.

[...]Dissertando sobre a matéria ensina Alvinho Lima: ‘O segundo requisito para que surja a aludida responsabilidade é a coabitação dos filhos menores com os pais, dever imposto a estes, como decorrência do direito de guarda. Impõe-se tal condição, a fim de que o genitor possa educar os seus filhos, dirigir-lhes a conduta e fiscalizá-los convenientemente.

Se, todavia, o filho menor não residir com seu genitor, a responsabilidade não se extinguirá, desde que tal situação seja ilegal por culpa do próprio pai; se, no entanto, a referida situação de fato for justificada devidamente, não havendo, pois, culpa do pai, extinguir-se-á a responsabilidade do genitor.

É preciso observar, contudo, que a não coabitação só isentará o genitor de responsabilidade, se ele estiver impedido de fiscalizar e dirigir a conduta de seu filho menor; se a ausência de coabitação não impedir aquela fiscalização, o genitor, que se achar no exercício do pátrio poder, continuará no dever de vigilância de seu filho menor, permanecendo a sua responsabilidade’ (A Responsabilidade Civil Pelo Fato de Outrem, Forense, p. 36)” (SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Cível n. 426.414-2, Relator Bruno Netto, 06 dez. 1989, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 651, p. 94-95, jan. 1990).

comum) destes⁴¹ e comunidade de habitação (que permita, de fato, a vigilância).

Tornando ainda mais severa a condição, sustenta-se que, além do motivo legítimo, a falta de coabitação há de ser tal que impeça de fato os pais de exercerem o dever de vigilância⁴².

Por estes motivos, o Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, julgando apelação que versava sobre acidente de trânsito provocado por menor púbere, habilitado para dirigir, que vivia em outro município acompanhado de outros menores, considerou responsável o genitor, sob o argumento de ser o dever de vigilância universal e contínuo, embora o veículo envolvido no acidente tenha sido apossado de terceiro⁴³.

Na verdade, esta decisão exprime a concepção contemporânea de

⁴¹ LIMA, Alvino. **A responsabilidade** ..., p. 35-7.

⁴² MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, op. cit., p. 502.

⁴³ Eis a jurisprudência: *“Tratando-se de menor púbere, ainda que habilitado, responderá solidariamente o pai quanto aos atos por ele praticados, nos termos do art. 1.521, I, do CC. Há presunção ‘juris tantum’ de culpabilidade do pai, não só ‘in vigilando’ mas também, ‘in educando’.*

[...]Assim, nos autos a culpa do menor, dando causa a acidente de trânsito ao atravessar cruzamento sem obedecer à sinalização exigindo-lhe parada, não afasta a responsabilidade do pai o fato de o filho morar em outro Município uma vez não deixando de estar sob a guarda paterna e o de o veículo ser de terceiro se também comprovado que o menor o dirigia sem consentimento do proprietário.

Ainda não favorece ao co-réu Sebastião dos Santos o fato de seu filho, menor púbere, morar em ‘república’, em outra cidade. Sua responsabilidade persiste. Note-se que o menor, embora morando em ‘república’ porque estudava em outro Município, não deixou de estar sob a guarda do pai, que disso tinha pleno conhecimento e que, mesmo, o mantinha. Não se trata de menor que vivia às próprias expensas, inteiramente autônomo da responsabilidade paterna. Portanto, a responsabilidade do pai pelos atos de seu filho é contingente a qualquer ato ilícito que ele pratique ou praticou, compete a cada um pelo ato responder, em qualquer situação. A vigilância que ao pai incumbe, como ensina Aguiar Dias, ‘é universal e contínua, não podendo, pois, pretender que com relação a determinados atos submetidos a essa vigilância não se configure a sua responsabilidade’ (Da Responsabilidade Civil, 4ª ed. v. 2/568).

Nem favorece ao apelante o fato de ser de terceiro, Cláudio Lobo Estrela, o veículo dirigido pelo menor, pois sobreleva, conforme prova contundente nos autos, que este dirigia sem consentimento de seu proprietário. As testemunhas ouvidas em Juízo são contestes nesse sentido.

Quanto ao fato de haver o menor cometido delito, o art. 156 do CC, há de ser interpretado sem alterar a responsabilidade dos atos ilícitos, em geral; subsiste a responsabilidade dos pais, porque continuam a exercer o pátrio poder, com todos os seus encargos; permanecem as obrigações de vigilância e educação. Logo, não se extingue sua responsabilidade (Antonio Junqueira de Azevedo, ‘Responsabilidade dos pais’, in Responsabilidade Civil - Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, Saraiva, 2ª ed. 1988, p. 67) É o caso de responsabilidade solidária.

*No sentido das assertivas acima, v. os acórdãos publicados na RT 346/200, 389/223, 455/242, 465/86, 552/118, 566/104, 566/132 e 541/137”. (SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Cível. Apelação Cível n. 403.129-0, Relator Rodrigues de Carvalho, 18 out. 1989, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 648 p. 106-9. out. 1989).*

dispensabilidade da coabitação, fulcrada no entendimento de que *“em qualquer dos casos, os pais cumprem com o dever de ter os filhos em sua companhia, ainda quando estes não habitem no mesmo lugar, quando isso estiver justificado por razões que redundam em benefício de menor ou por necessidades da família”*.⁴⁴

Malgrado a concepção contemporânea ou agravada, a coabitação permanece como condição da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos, com fulcro na supra mencionada necessidade de verossimilhança da presunção de culpa, pelo menos enquanto não afastada expressamente no Direito brasileiro. Tal postura não impede, todavia, de ser rejeitada a sua perniciosidade quando tomada rigidamente.

6.3 CULPA DO MENOR

O instituto jurídico da culpa, conforme estudado no capítulo a respeito dos fundamentos genéricos da responsabilidade dos pais⁴⁵, consiste no juízo de reprovação que liga o fato à vontade do agente⁴⁶.

A doutrina não é explícita na aceitação da necessidade de reprovação da conduta do menor - culpa - para o nascimento da responsabilidade dos genitores.

Não se pode dizer, no entanto, que a responsabilidade dos pais prescindia da culpa dos filhos, pois isto levaria a instituir o vínculo indenizatório para os responsáveis pelo menor quando sequer o imputável seria responsabilizado⁴⁷.

No intuito de preservar a rigorosidade do vínculo indenizatório comum, deve-se

⁴⁴ GOMÉZ CALLE, op. cit., p. 304. No original: *“en cualquier caso, los padres cumplen con el deber de tener a los hijos en su compañía aun cuando éstos no habiten en su hogar, cuando ello está justificado por razones que redundan en beneficio del menor o por necesidades de la familia”* (Ibid., p. 304 - tradução livre).

⁴⁵ Vide capítulo “4.1” retro.

⁴⁶ Para Antunes VARELA, agir com culpa significa *“actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito”* (VARELA, Antunes. **Das obrigações...**, p. 554 - mantida a grafia original).

⁴⁷ VARELA, **Das obrigações...**, p. 581.

aceitar como mais um dos requisitos a exigência de um juízo de valor sobre a conduta do menor⁴⁸.

A discussão primeira que se estabelece é precisar se o requisito consiste na culpa ou na ilicitude do ato. Considera a doutrina que a ilicitude diz respeito ao aspecto objetivo dos valores tutelados pela ordem jurídica, enquanto a culpa atentaria para as circunstâncias pessoais do agente, ao seu lado individual, subjetivo⁴⁹.

Segundo outra corrente, entretanto, a condição especial sobre o fato seria a ilicitude da conduta e não a culpa, pois a imputabilidade exclui o juízo de censura próprio da culpa⁵⁰.

Observa Mário Moacyr PORTO que a imputabilidade não tem o condão de impedir a apreciação do ato do menor, que não podendo ser feita subjetivamente, pode ser extraída das *“suas circunstâncias objetivas, externas, para concluir se o ato incriminado foi normal, regular, coincidente com as regras do Direito, ou não”*.⁵¹

O equívoco desta opinião está na consideração da culpa estritamente como elemento subjetivo, pois o simples fato de ela ser apreciada objetivamente a partir da comparação com a conduta do homem médio já justifica a sua incidência no lugar da inimputabilidade.

A prova de que a culpa condiciona a responsabilidade nasce da verificação de que, sem ela, os genitores não devem responder, por faltar a exigência pelo Direito de uma conduta diversa da que teve o menor, o que não se depreende da ilicitude.

A presunção de culpa dos pais, destarte, não isenta o ofendido de provar a culpa do menor. Como diz a doutrina, *“quem invoca a presunção legal deve provar o fato-base, o indício sobre que se funda a presunção”*.⁵²

Acatando a necessidade de culpa dos filhos para exigir a responsabilidade dos

⁴⁸ Neste sentido: KARAM, Munir. Responsabilidade civil dos pais pelo fato do filho. In: FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo, v. 65, p. 405-6. 393-410, 1977.

⁴⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1979. p. 384.

⁵⁰ VARELA, **Das obrigações...**, p. 581.

⁵¹ PORTO, Responsabilidade dos pais... , p. 11-14.

⁵² COVELLO, Sérgio Carlos. **A presunção em matéria civil**. São Paulo : Saraiva, 1983. p. 70.

pais, deve-se reconhecer que aquela não é um requisito autônomo, e sim um meio de tornar os pais responsáveis por culpa própria⁵³.

Prescinde-se, portanto, da solução doutrinária⁵⁴ de averiguar objetivamente a ilicitude do ato do menor. Para encontrar a culpa do menor, em verdade, procede-se à aferição da culpa tal qual no imputável, ou seja, por meio de uma abstração. Até aí não há celeuma, porém o conflito surge a partir do momento que a abstração pode levar em conta a conduta de um menor médio ou de um homem médio⁵⁵.

MAZEAUD, MAZEAUD e TUNC ponderam que se deve considerar a conduta de uma pessoa com as mesmas circunstâncias externas, enquanto as particularidades pessoais não teriam importância por dizer respeito ao indivíduo, pois o tipo do homem cuidadoso se adaptaria tão-só às circunstâncias, não mudando segundo a personalidade do lesador⁵⁶.

A aferição da culpa do menor poderá ser balizada pela conduta do menor médio para confirmar ou não a sua existência⁵⁷. No primeiro caso, não sendo culposo o ato do menor, *“é extremamente provável que o dano experimentado pela vítima tenha*

⁵³ MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, t. II, v. I, op. cit., p. 506-8. Provando ser a culpa do menor requisito, observe-se ser possível que a responsabilidade dos pais derive, ainda, da condenação criminal do filho com mais de dezoito e menos de vinte e um anos de idade, caso em que eles teriam contra si no processo civil a cumulação da presunção de culpa dos genitores com a fixação da culpa do menor (Código Penal, artigo 27: *“Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeito às normas estabelecidas na legislação especial”*; Artigo 91: *“São efeitos da condenação: I - tomar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; [...]”*).

⁵⁴ Ibid., p. 507.

⁵⁵ Concebido aqui como o comportamento padrão do homem frente as circunstâncias do caso concreto. Ilustrando o termo, informa a doutrina: *“Na apreciação da culpa in abstracto não se tomam em consideração as disposições especiais da pessoa ou seu grau de compreensão das coisas, seus meios ou possibilidades individuais, mas compara-se a conduta do autor do ato à do homem abstratamente diligente, prudente e circunspecto, não se tendo em conta, particularmente, a sua educação, instrução ou aptidões pessoais. Assinala, porém, que este tipo abstrato de comparação é o homem normal, que vive entre nós, que age sempre, em determinadas circunstâncias, de um modo uniforme; é o homo economicus (Chironi), e não um tipo ideal, um super-homem, mas o tipo eminentemente do bonus pater familias”* (CAHALI, Yussef Said. Culpa : Direito Civil. In: FRANCA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 22. São Paulo : Saraiva, p. 27, 1979).

⁵⁶ MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, v. II, t. I, op. cit., p. 128.

⁵⁷ BELTRÁN DE HEREDIA, op. cit., p. 192.

resultado de força maior ou caso fortuito".⁵⁸ No segundo, havendo a culpa do menor, leva à conclusão de que a *"pessoa sob cuja direção se encontra obrou com culpa"*.⁵⁹

Os tribunais não se furtam em isentar a responsabilidade quando inexistia culpa do menor, como fez o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul⁶⁰, ao afirmar que a responsabilidade por ilícito civil há que se assentar em algumas das condutas indicadas no artigo 159 do Código Civil.

Ratificando a culpa do menor como condição do vínculo indenizatório atribuído aos genitores, o Tribunal de Justiça de São Paulo valorou a conduta de menor que atirou ao chão cigarro de palha e causou incêndio de grandes proporções, de modo a evitar que seu genitor fosse responsabilizado sem a aferição deste importante elemento⁶¹.

⁵⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** : Responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 71-2.

⁵⁹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense. p. 71-2.

⁶⁰ *"Acidente de veículos. Menor condutor. Culpa indemonstrada. Improvida. Inexiste presunção de culpa pelo só fato da menoridade e falta de habilitação do condutor. A responsabilidade por ilícito civil há que se assentar em alguma das condutas indicadas no art. 159 do CC. Julga-se improcedente a ação se os testemunhos e o registro policial não convencem da imperícia ou imprudência alegadas pelo autor.*

*[...]Desde que indemonstrada a culpa do menor, torna-se ocioso perquirir, aqui, se o pai, ora apelado, tinha autorizado o filho a sair com o veículo acidentado. Na hipótese dos autos, a culpa 'in vigilando' acaso existente, se não provada a outra, resta sem maior conseqüência". (MATO GROSSO DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível n. 452/86, Relator Gilberto da Silva Castro, 02 dez. 1986. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 616, p. 176-7, fev. 1987).*

⁶¹ *"[...]Certo, o ato de jogar cigarro aceso na rua não pode ser considerado como de imprudência, e, talvez, mesmo o lançá-lo na poeira da estrada não envolve negligência. Mas, atirá-lo na relva seca pelo estio, por quem sabe os nocivos efeitos das queimadas, por ser pessoa criada na roça, conhecendo esse drama do sertão, e as cautelas que cumprem ser tomadas a fim de evitar-se a propagação do fogo, não pode deixar de ser havido como imprudente e negligente. Trata-se de conduta censurável e presumidamente de conseqüências desastrosas. No apreciar-se o fato se tem de colocá-lo face ao meio ambiente, às exigências locais. No interior, as pessoas estão bem avisadas da necessidade do emprego de todo cuidado para impedir-se a propagação do incêndio, principalmente nas épocas de verão escaldante, e sem chuva, pois não ignoram a facilidade de combustão da vegetação rasteira, de como se inflama rapidamente. Houve, portanto, falta de diligência na observância da norma de comportamento a que não devia furtar-se. Ocorreu desprezo no respeito a conduta, cujo resultado maléfico devia prevê-lo o agente. Impunha-se, apenas, considerasse, de relance, as possíveis conseqüências nocivas, eventuais, da sua atitude e por ele não ignoradas. Configura-se a culpa prevista no art. 159 do Código Civil. Ocorreu a inexecução de dever que o agente podia conhecer e devia observar, mas por desleixo deixou de atentar. Dito procedimento se não enquadra no fortuito, ou seja, de vento inevitável e imprevisível. O direito pátrio, salvo casos legalmente especificados, não manteve a distinção tradicional entre culpa lata, leve e levíssima. Qualquer culpa estabelece o nexo causal da responsabilidade. A respeito escreve Washington de Barros Monteiro: 'a menor falta, a mínima desatenção, desde que danoso, obriga o agente a indenizar os prejuízos conseqüentes do seu ato' (cf. 'Direito das Obrigações, vol. II, pág. 431, ed. de 1956). Nem se pode falar em culpa sequer concorrente do autor, por não ter feito aceiros e não ter permitido se fizesse*

A culpa do menor, sendo assim, condiciona subjetivamente a responsabilidade dos genitores, certificando com este procedimento que eles não respondam por atos nos quais sequer seriam punidos os imputáveis.

6.4 DEMAIS CONDIÇÕES

O vínculo indenizatório, proveniente do ato danoso, depende para a sua geração da ocorrência de cinco elementos: conduta, dano, nexos causal, culpa e ilicitude⁶².

No caso da responsabilidade dos pais, mesmo sendo presumida a culpa, indispensável que estejam presentes os demais requisitos elencados no artigo 159, pois senão seria afastada a responsabilidade especial pela ausência de um dos elementos da comum.

Dentre esses elementos da responsabilidade em geral que afetam a dos genitores, o único até o momento visto foi a culpa, restando para análise no presente capítulo a conduta, dano, nexos de causalidade e a ilicitude.

Quanto à conduta, relevante observar que ela deve partir tanto do filho submetido ao poder parental, como também dos titulares deste poder. No primeiro caso, a conduta viola o dever geral de não lesar outrem e, no segundo, primordialmente os deveres pertinentes ao poder parental.

Além disso, a conduta dos genitores interessa porque, na maioria dos casos, ela não se dá de forma comissiva e sim omissiva, relativamente ao descumprimento dos

*fogo de encontro ao que caminhava em direção aos seus campos. isso porque ao aceiro não estava obrigado por lei. Ao contrário, quem faz queimadas, disso se deve encarregar de avisar os vizinhos do seu comportamento, a fim de se acautelarem. Tal é o que prescreve tanto a legislação federal (Código Florestal) como a estadual. Por outro lado, pelos elementos dos autos se verifica da inutilidade do fogo de encontro, ante o forte vento que soprava em direção dos pastos do autor, medida essa que só agravaria a situação das suas terras. Tomou ele a providência que lhe competia fazer. Arregimentou todos os homens que pode para apagar o fogo e nesse cometimento trabalharam toda uma noite e o dia seguinte [...]” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 79.164. Relator Designado O. A. Bandeira de Mello, 03 fev. 1962. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 276, p. 211-6, out. 1958).*

⁶² VARELA, **Das obrigações...**, p. 516. COSTA, Mário Júlio de Almeida. COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit., p. 367.

seus deveres.

A omissão, como pura atitude negativa, não pode gerar física ou materialmente o dano sofrido pelo lesado; porém entende-se que ela é causa do dano, sempre que haja o dever jurídico especial de praticar um ato que, seguramente ou muito provavelmente, teria impedido a consumação desse dano⁶³.

A exceção para a conduta omissiva pode ficar por conta da intencional má educação ou vigilância dos pais, hipótese em que ela foi obrigatoriamente comissiva, consistente na realização destes deveres de maneira defeituosa.

Vista a conduta dos pais, via de regra omissiva, segue a vez de analisar o elemento da responsabilidade “dano”, reconhecendo-se primeiramente que ele se destaca pela sua importância no estudo do vínculo indenizatório, seja ela contratual ou extracontratual⁶⁴. Na responsabilidade dos pais, não poderia ser diferente.

Como condição, o dano pode tanto ser patrimonial ou moral. A efetiva importância, contudo, está na influência que ele pode exercer sob os fundamentos, agravando-os para fazer os pais responderem obrigatoriamente quando forem significativos e mitigando-as quando apresentem ínfima lesão.

Exemplificando, em caso de homicídio de pai de família derivado de conduta de filho que não mais habitava com os pais, o Tribunal de Justiça de São Paulo estabeleceu a responsabilidade, tendo os julgadores de abandonar a presunção de culpa para militar pelo terreno da responsabilidade objetiva⁶⁵.

⁶³ VARELA, *Das obrigações*..., p. 518.

⁶⁴ “Aliás, pode-se dizer que é em torno do dano que os demais temas gravitam, pois, de acordo com o posicionamento atual, ele sempre aparece como requisito fundamental e indispensável, o que já não ocorre, por exemplo, com a culpa, que como se sabe, dia a dia, vai tendo a seu lado outras figuras como sustentáculos da responsabilidade civil” (CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 26).

⁶⁵ “O pai não pode beneficiar-se com o afastamento do filho se decorrer o mesmo, precisamente, do descumprimento do pátrio poder de ter o menor em sua companhia e guarda, dirigindo-lhe a criação e educação.

[...]

O que os autos demonstram é o desentendimento do casal, através da cobertura que a mãe dava à pretensão de precoce independência do filho, com o cômodo conformismo deste: ‘o declarante desistiu de orientá-lo, dizendo que o mundo o ensinaria’ (fls.).

Ampara-se o julgado, em seguida, na circunstância de não morar com o pai. Não estaria o filho em poder ou na companhia dele.

Tal comportamento leva à dedução de que o dano permanece sendo elemento importante do vínculo indenizatório, notadamente na responsabilidade dos genitores por sobressair a dificuldade de caracterizá-la.

Além dele, a responsabilidade dos pais, tal como a comum, exige o nexo de causalidade, liame de causa e efeito entre a conduta do pai e o dano sofrido pela vítima.

O nexo de causalidade consiste, não obstante, em tema delicado no caso da responsabilidade dos genitores. A preocupação de exigi-lo, entre a conduta dos pais e o prejuízo da vítima, representa o mesmo que restabelecer o ônus da prova da culpa para a vítima, inutilizando a presunção.

Em resposta à dificuldade de provar o liame de causalidade, a doutrina passou a opinar favoravelmente à presunção sobre o nexo causal entre falta de vigilância e

Mas, a escusa fundada na falta de poder do pai, diz respeito à desvinculação regular do filho de sob o controle e direção paternos, por força de novas situações jurídicas que impliquem na perda ou suspensão do pátrio poder, 'verbi gratia', emancipação, adoção, tutela, delegação de pátrio poder, ou apenas da guarda, como seja o deferimento a outrem em decisão judicial.

O mesmo deve ser dito no tocante à carência do elemento companhia, que pode nascer de situações de fato legitimadas pelas circunstâncias, tais como internamento do menor para estudo ou correção; residência em outro local, por conveniência, para estudo ou trabalho.

Só em tais casos que se poderia isentar o genitor da responsabilidade, mas tais fatos não ocorreram na espécie ora debatida.

Não se pode beneficiar da escusa o pais que, negligente e displicentemente, vê seu filho sair de casa, ter comportamento reprovável, prematuramente, amasiado aos 18 anos e manter-se, de forma suspeita; vivia bem arrumado (fls.), sem ter fonte lícita de renda e satisfaz apenas com os possíveis futuros desgostos, que lhe causa a vida do menor.

[...]

A base do dever de indenizar está o interesse do ofendido, isto é, da pessoa cujo patrimônio ou personalidade sofre o dano, na feliz síntese de Pontes de Miranda ('in' 'Tratado de Direito Privado', vol. XXII/206)".

Declaração de voto vencido por Samuel Mourão: "No dia 20 de outubro de 1962, Esdras Rodrigues, com então 18 anos, pois nascera em 3 de fevereiro de 1944, assassinou Joaquim Pontin, marido e pai dos autores.

[...]

Ora, na espécie dos autos, há uma circunstância indiscutível: Esdras Rodrigues, apesar da pouca idade, desligara-se completamente da família, subtraindo-se ao pátrio poder.

Bem a propósito acentuou o julgado: 'Esdras, em suma, não mais convivia com o pai. Com este não mais habitava. Mudara-se para esta cidade de Penápolis, para um quarto de hotel. Terminantemente não mais dispensava atenção ao progenitor. Perdera este, muito antes do crime, 'o poder de direção' sobre o filho. Como responsabilizá-lo pelos desvarios, pelas insânias, pelos crimes deste?' (fls.).

Todas as obrigações estão sujeitas às condições da natureza humana.

Não seria justo, a meu ver, tornar o pai responsável pelos atos de uma pessoa, que, de fato e realmente, lhe era absolutamente estranha." (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 148.483, Relator Francisco Negrisollo, 02 ago. 1966. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 380, p. 97-9, jun. 1967).

prejuízo. Sendo assim, para estabelecer a presunção de culpa, sob pena de suprimir o interesse prático dela, da mesma forma se presume o vínculo de causalidade⁶⁶.

A presunção do nexo de causalidade opera valorando que, não fosse pela falta de vigilância ou educação, propondo que o *“fato desconhecido é havido como provado pela lei”*, a presunção tem como *“reconhecido e preestabelecido o nexo de causalidade”*.⁶⁷

Por isso, o nexo de causalidade acaba seguindo a mesma sorte da culpa, haja vista que, como ela, deverá ser objeto de presunção.

Última condição geral para a responsabilidade dos pais, a ilicitude, consiste na reprovação do ato do menor pelo Direito por ter lesado os bens do ofendido⁶⁸.

A ilicitude pode provir da violação do direito de outrem ou de preceito de lei protetor dos interesses alheios⁶⁹.

Diversamente da culpa, na qual se pondera o aspecto subjetivo da conduta do agente causador do dano, na ilicitude valora-se o prisma objetivo, a violação dos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico.

A aferição objetiva da ilicitude pressupõe que as disposições do ordenamento jurídico têm vigência geral, para todo homem, sem consideração de seu desenvolvimento ou normalidade mental, da sua ignorância da lei ou dos direitos, sob o fundamento da segurança jurídica⁷⁰, malgrado possam ser compreendidas e obedecidas com certeza só pelo homem capaz.

Natural esta condição geral de qualquer tipo de responsabilidade se aplicar à responsabilidade dos genitores, nomeadamente por prescindir de investigação subjetiva.

O exame de algumas das condições da responsabilidade que diz respeito aos

⁶⁶ MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, v. II, t.II, op. cit., p.17.

⁶⁷ COVELLO, op. cit., p. 70.

⁶⁸ VARELA, **Das obrigações...**, p. 533.

⁶⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Op. cit., p. 384.

⁷⁰ TUHR, Andreas Von. **Derecho civil**. v. I e III. Buenos Aires : Depalma, 1946. p. 136.

genitores, tornou a ratificar o comportamento “mutativo” verificado nos fundamentos comuns e especiais. Na menoridade, por meio das novas categorias de menores (crianças e adolescentes), com a alteração dos limites de idade. Na coabitação, com a sua exigência e ao mesmo tempo relegação, para ser afastada “legitimamente” a responsabilidade. Na culpa do menor, estabelecendo condição não prevista no Código Civil para o surgimento da obrigação de indenizar, evitando que se responda quando nem os imputáveis o fariam. Nas demais condições do vínculo indenizatório, constando-se a imprescindibilidade da conduta, a relevância do elemento dano, a imperiosidade da presunção do nexo de causalidade e, finalmente, a necessidade de haver ilicitude no evento.

Constatadas as mudanças operadas nas condições, permite-se apreciar as repercussões subjetivas da responsabilidade civil dos pais.

7 REPERCUSSÕES SUBJETIVAS

A responsabilidade civil dos genitores incita o estudo a respeito de quais são os legitimados para responder à demanda judicial do prejudicado, objetivadora da indenização do dano provocado pelo menor. Pretende-se esclarecer as variações que podem ocorrer quanto aos genitores, inclusive investigando se esta responsabilidade pode ser estendida a outras pessoas que não os pais, ou mesmo se os pais podem responder por duplo título, ou se terceiros podem responder cumulativamente com os pais.

Trata-se de capítulo dedicado a estudar os reflexos dos sujeitos sobre a responsabilidade dos genitores, em que serão apreciadas as relações normais entre os pais, a ruptura da família, a cumulação da responsabilidade e a extensão dela.

7.1 DURANTE A CONVIVÊNCIA DOS PAIS

Iniciando o estudo da responsabilidade dos genitores, na perspectiva dos sujeitos passivos da obrigação de indenizar, cabe analisar o seu comportamento frente ao vínculo que une os pais.

O Direito Civil clássico só reconhecia a qualidade de família para os genitores unidos pelo matrimônio, deixando, portanto, de recepcionar juridicamente as chamadas uniões livres. A família jurídica, destarte, estava reduzida à forma matrimonializada.

Depois de setenta e um anos de vigência do Código Civil sem alteração no conceito de família, a Constituição Federal de 1988 foi promulgada e, em vista do fenômeno de constitucionalização do Direito Civil, incluiu na qualidade de família a união estável e a família monoparental.

Pelo reconhecimento da união estável na Constituição Federal de 1988, com a natureza de entidade familiar, poder-se-ia pensar não existir diferença na responsabilidade dos pais, sejam eles casados ou unidos estavelmente.

No entanto, a Constituição Federal indicou haver essa diferença quando previu a facilidade de conversão dessa união estável em matrimônio¹. A diversa repercussão jurídica influencia a responsabilidade dos genitores, ensejando por isso o tratamento em parágrafos apartados.

7.1.1 No Matrimônio

O instituto jurídico do matrimônio, por ser o primeiro reconhecido pelo Direito, constitui o campo vestibular de pesquisa da repercussão subjetiva da responsabilidade dos genitores. Por casamento deve-se entender “o *negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial [...] personalíssima e permanente*”.²

Neste vínculo matrimonial entre homem e mulher, é relevante identificar se ambos os genitores respondem pelo ato danoso do filho ou se a responsabilidade é de apenas algum deles.

No Direito clássico, o instituto do “pátrio poder”, exercido geralmente pelo pai, atribuía a ele a qualidade de “chefe de família” e, para a mãe, somente em caso de impedimento ou falta do pai³. Como sequer era atribuída à mulher casada capacidade

¹ Art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º: Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento**.

§ 4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (sem grifos no original).

² OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito da Família** : Direito Matrimonial. Porto Alegre : Fabris, 1990. p. 121.

³ Código Civil, artigo 380 (antes de ser reformado pelo artigo 27 da Lei 6.515/77 - Lei do Divórcio): “Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher”.

para o exercício pleno dos direitos civis⁴, ela igualmente ficava impedida de exercer o “pátrio poder”.

A imposição para que a esposa se submetesse às ordens do marido na qualidade de chefe da família, tornando-se ela uma sombra dele, fizeram com que somente este exercesse o “pátrio poder” e, nesta qualidade, fosse o responsável pelos atos dos filhos⁵.

Afirmava-se que, mesmo se houvesse separação do casal e a mãe ficasse com a guarda do filho, a presunção não incidiria por ela não exercer o “pátrio poder”, podendo-se responsabilizá-la somente pela custódia exercitada mediante a prova da culpa⁶.

Esta inferiorização da mulher dentro da sociedade conjugal, impossibilitando-a de exercer o “pátrio poder” a não ser em caráter subsidiário, foi diminuída naqueles países que romperam com os dogmas da religião e previram uma sociedade sem discriminações em razão da pessoa como aquela estatuída com base no sexo⁷. Em consequência, foi atribuído o “pátrio poder” a ambos os genitores, repartindo responsabilidade pelo ato do filho ao marido e à mulher concomitantemente.

No Direito brasileiro, somente com a vigência do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), foi conferida à mulher a condição de colaboradora do marido no exercício

⁴ Código Civil, artigo 6º (antes de ser reformado pela Lei 4.121/62 - Estatuto da Mulher Casada): “São incapazes, relativamente a certos actos (art. 147, n. 1), ou a maneira de os exercer:

[...]

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal”.

⁵ A restrição de direito à mulher com a preferência levou a conferir ao pai a qualidade de titular dos poderes sobre os filhos, decorreu da influência da igreja. A matéria é bem tratada pelo professor Eduardo LEITE, que entende ter sido estabelecida uma hierarquia entre Deus, igreja, família patriarcal e os indivíduos. A estrutura da igreja dominava a família por meio da eleição da desigualdade entre os cônjuges e manipulação dos pais e maridos, restando à mulher e filhos a obediência. A família, admitida esta exclusivamente como matrimonializada, foi objeto de desvalor pelas regras e normas da igreja, com o que se obteve o predomínio da igreja (LEITE. Eduardo de Oliveira. **Tratado de direito de família** : Origem e Evolução do Casamento. v. I. Curitiba : Juruá, 1991. p. 109-23).

⁶ CONSOLO, Giovanni Cesareo. **Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti**. Torino : Torinese, 1908. p. 342-3.

⁷ Tome-se como exemplo a ex-União Soviética que, após a revolução, passou a conceber a mãe com idênticos direitos e deveres, a ponto de se falar que na Rússia não havia pátrio-poder (CASTAN VASQUEZ, José Mº. **La participacion de la madre en la patrio potestad**. Madrid : Mas, 1957. p.38-9).

do poder parental, reconhecendo titularidade concorrente, fato que se deu paralelamente à atribuição de patrimônio individualizado à mulher⁸.

Como resquício discriminatório, manteve-se a prevalência da opinião do marido em caso de discordância dos cônjuges, restando à mulher recorrer à autoridade judiciária, se mantivesse divergência da opinião manifestada pelo marido.

Imperiosamente, no final da década de 1980, o Direito pátrio se curvou ao dado da realidade e abandonou a discriminação em razão do sexo da pessoa. Deu-se continuidade à modificação iniciada com o Estatuto da Mulher Casada⁹, culminando com a igualdade plena entre homem e mulher, prevista na Constituição Federal¹⁰.

O advento da Constituição Federal de 1988 transformou a igualdade entre os cônjuges, ainda restrita no Estatuto da Mulher Casada. Eliminaram-se, portanto, as discriminações jurídicas de toda natureza e passou a mulher a ter igualdade formal com o homem, reivindicando-se atualmente uma igualdade material, compensadora das desigualdades de fato¹¹.

Posteriormente, o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹² tornou a disciplinar em sede de legislação ordinária a matéria, instituindo a igualdade entre pai e mãe no exercício do poder parental, medida esta elogiada por SANTOS NETO como

⁸ Art. 246. *“A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido, terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens como ele adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância [...]”*.

⁹ Atual redação do artigo 380 do Código Civil, *verbis*: *“Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.*

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

¹⁰ Art. 226. *“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

[...]”

§ 5º. *Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”*.

¹¹ MUNIZ, Francisco José Ferreira. *A família na evolução do Direito brasileiro*. In: TEIXEIRA, Salvo de Figueiredo. **Direito de Família e do Menor**. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 80-1.

¹² Art. 21. *“O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”*.

sendo aquela que em boa hora “*escoimou o anacrônico vezo de relegar a mãe a um injustificável segundo plano e guindou-a ao mesmo nível do pai*”.¹³

Assim, a titularidade do “pátrio poder” abandonou a exclusividade do genitor, passando a ser exercido conjuntamente pelos cônjuges, o que justifica a nova locução de “poder parental”. Atenderam-se os interesses do menor e, simultaneamente, dos terceiros prejudicados pelos atos dos filhos, os quais terão mais de uma pessoa para reivindicar a indenização.

Contudo, a prática revela que, geralmente, o lesado continua a preferir o pai, abdicando ele da faculdade de litigar contra ambos os genitores. Algumas razões podem ser apontadas para esta postura dos prejudicados, como a maior possibilidade de ter patrimônio suficiente para arcar com a indenização e a facilidade que o pai representa para a pretensão indenizatória quando cumula à sua responsabilidade originária aquela derivada da qualidade de dono da coisa ou de comitente.

Independente dessas ressalvas, resulta dos fatores expostos que, contemporaneamente, diante do matrimônio, cabe a responsabilidade pelo ato dos filhos aos dois genitores.

7.1.2 Na União Estável

A Constituição Federal de 1988 implantou a aceitação no ordenamento jurídico da união estável¹⁴, devendo-se entender por união estável aquela “*situação de vida em*

¹³ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 79.

¹⁴ Artigo 226, § 3º: “*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”.

A Constituição Federal não admitiu somente o matrimônio e a união estável como entidades familiares, incluindo a união entre um dos genitores e seus descendentes, a chamada família monoparental (Artigo 226, § 4º: “*Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”). Com relação a esta modalidade de entidade familiar, não há problema para determinar na perspectiva subjetiva a responsabilidade, pois como o próprio nome diz, constitui-se de apenas um dos genitores e o filho, obstando que sejam imputados ao genitor ausente os defeitos no exercício dos deveres, salvo se for provada culpa ou dolo do ausente).

comum de casais não casados".¹⁵ Firmada a posição em relação aos genitores unidos pelo matrimônio, deve-se perquirir como esta regra se comporta na união estável.

Nesse caso, defende a doutrina que, pelo fato de não estarem eles impedidos de exercer o "pátrio poder", conjuntamente poderão incorrer na responsabilidade sob o mesmo fundamento dos pais ligados pelo casamento, desde que esteja devidamente estabelecido o vínculo de filiação, seja através da incidência da presunção de paternidade, reconhecimento voluntário ou forçado¹⁶.

Conclui-se que "*o concubinato se rege praticamente pela mesma disciplina legal que tutela o casamento legítimo, no que diz respeito às obrigações e deveres em relação aos filhos*".¹⁷ Considerando que a responsabilidade dos pais origina-se precisamente da infração a estes deveres do poder parental, os genitores unidos estavelmente devem ser responsabilizados como se casados fossem.

Poder-se-ia argumentar, amparando essa posição, que se a lei não faz distinção no exercício do poder parental entre os pais casados, vivendo juntos os genitores ligados entre si pela união estável, responderão eles solidariamente pelos atos dos filhos¹⁸.

Atualmente, com a vigência no Brasil da Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, a união estável foi expressamente disciplinada como unidade familiar, complementando a proteção constitucional dada a esta espécie de união, com direito entre os unidos de herança e alimentos¹⁹. Em sede dos deveres do casal, a referida Lei especial incumbiu os unidos estavelmente de iguais direitos e deveres de guarda, sustento e educação.

¹⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Op. cit., p. 75.

¹⁶ Vicente SABINO JÚNIOR assevera que a guarda do filho nascido da mãe concubina é a consequência natural do registro de nascimento e, também, se o pai o reconheceu, aplicar-se-ão as regras do Direito Civil, não surtindo efeito na responsabilidade se o pátrio poder for exercido apenas em nível prático (Apud: STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1989. p. 79).

¹⁷ STRENGER, op. cit., p. 80.

¹⁸ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen Lopez. **La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos**. Madrid : Tecnos, 1988. p. 137.

¹⁹ "Art. 2º "São direitos e deveres iguais dos convivendo: [...]III. guarda, sustento e educação dos filhos comuns".

A dúvida surge da hipótese de o concubino não ser o pai do filho da companheira, caso no qual a ausência do vínculo de filiação impediria a responsabilidade do companheiro, a não ser pelo exercício da guarda, além do mais quando foi recepcionada a sua autonomia²⁰.

As mudanças operadas no Direito de Família, sendo assim, mediante a admissão de nova espécie de família, produziu efeito na responsabilidade dos genitores de modo a conformar aquelas espécies com este instituto jurídico.

7.2 RUPTURA DA CONVIVÊNCIA DOS GENITORES

As entidades familiares do matrimônio e da união estável ensejam estudo à parte, tendo em vista que os genitores nem sempre conservam este vínculo familiar podendo ocorrer entre eles separação de fato, separação judicial ou divórcio.

Os casos de ruptura, designados pela doutrina estrangeira como relações anômalas²¹, projetam seus efeitos sobre a responsabilidade dos pais, fazendo-a reagir de modo diferente diante de cada uma dessas situações.

7.2.1 Separação de Fato

A separação de fato, primeira modalidade de ruptura, concebida como aquela em que os genitores praticam sem o amparo do órgão jurisdicional, impõe, via de regra, deveres mais graves aos genitores entre si e com relação aos filhos.

Todavia, no que se refere à união estável, a separação de fato constitui procedimento aceito dos companheiros, dispensando-se a intervenção do órgão jurisdicional. Os genitores nesta situação não terão infringido qualquer dever em

²⁰ Vide acima capítulo 5, seção 2.

²¹ BELTRÁN DE HEREDIA, op. cit., p. 127.

relação aos filhos se tiverem rompido faticamente. Em conseqüência, a responsabilidade recairá sobre aquele que mantiver a guarda ou, se nenhum a perder, sobre os dois.

No tocante ao casamento, até mesmo em virtude da sua diferenciação com a união estável exaltada pela Constituição Federal²², a separação de fato não é meio normal de rompimento da relação, notadamente diante da preferência para que a separação seja judicial, admitindo-se que só nesta haja a exclusão do dever de guarda daquele que não estiver mais convivendo com o menor²³.

Ao invés de beneficiar o genitor casado por não estar mais no exercício da guarda, ele sofrerá “punição” no sentido de ser considerado “desertor” enquanto perdurar esta situação fática. A separação de fato serve para agravar a responsabilidade do genitor que abandonar os filhos²⁴.

Sendo assim, quando a mulher assumir a guarda em virtude de uma separação de fato, segundo a doutrina dos irmãos MAZEAUD e TUNC, isso não valerá para excluir a responsabilidade do pai, salvo se for originada de uma situação peculiar e justificável que o impossibilite materialmente de estar presente²⁵.

O efeito da separação de fato encontra opinião mais ponderada em Pontes de MIRANDA, o qual entende ser possível que os cônjuges separem-se de fato e estabeleçam esferas diversas de vigilância. Neste caso, segundo ele, a responsabilidade será do vigia e não do genitor ausente, *“desde que tal separação deixe claro que se não faltou aos deveres. Provado pelo pai que a culpa não lhe cabe,*

²² Art. 226, § 3º: “[...] devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

²³ Lei 6.515/77, artigo 3º: “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido [...]”.

²⁴ ERNESTO SALAS, Acchel. **Estudios sobre la responsabilidad civil**. Buenos Aires : Valerios Abeledo, 1947. p. 132.

²⁵ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. v. I, t.II. Buenos Aires : Europa-América, 19--. p. 401.

pode ser responsabilizada a mãe".²⁶

Contudo, geralmente prefere-se a posição mais agravadora, em virtude da função compensatória, punitiva e preventiva da indenização, além da compreensível reprovação diante do repúdio dos pais casados à lei.

A separação entre os genitores, contudo, pode ser perpetrada pela via judicial, como na separação judicial e divórcio, o que põe fim a união dos genitores, atribuindo-se normalmente o dever de guarda somente a um deles²⁷.

7.2.2 Separação Judicial e Divórcio

A separação judicial tem como principal característica o rompimento do dever conjugal de vida em comum, devendo os pais estipularem a qual deles caberá o exercício da guarda, se for consensual, ou será decidida pelo magistrado, na litigiosa²⁸.

O divórcio, por sua vez, tem a finalidade de romper com o vínculo conjugal, o que não significa a perda do poder parental, pois este último decorre do vínculo de filiação e não do vínculo conjugal²⁹. Segundo a interpretação analógica do artigo 381 do Código Civil, tem o efeito de distribuir entre os genitores os direitos e deveres que compõem o poder parental³⁰. Ocorre o que a doutrina chama de enfraquecimento dos

²⁶ MIRANDA, Pontes de. Das obrigações por actos illicitos. In: LACERDA, Paulo de. **Manual do Código Civil Brasileiro**: Direito das Obrigações. v. XVI. 3ª parte. t. I Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1927. p. 271.

²⁷ Durante os processos de nulidade, separação ou divórcio, é preciso determinar com qual dos pais que o filho ficará submetido ao poder parental, de modo que recairá a obrigação pelos atos danosos do filho ao cônjuge a quem estiver confiado o seu cuidado (GÓMEZ CALLE, Esther. **La responsabilidad civil de los padres**. Madrid: Montecorvo, 1992. p. 308).

No mesmo sentido, SANTOS NETO, segundo o qual a anulação do casamento não retira dos pais o pátrio poder em relação aos filhos (SANTOS NETO, op. cit., p. 81).

²⁸ Lei nº 6.515/77, artigo 9º: "No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos".

²⁹ Lei nº 6.515/77, artigo 27: "O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos".

³⁰ Art. 381. "O desquite não altera as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos".

poderes paternos³¹, o qual, ao contrário da separação de fato, é operado com o amparo da lei.

BELTRÁN DE HEREDIA, considerando o exercício do poder parental puramente, mitiga a responsabilidade dos genitores, por entender que somente será responsável aquele de ostentar a titularidade da guarda, no caso de separação judicial ou divórcio³². Em tal caso, a responsabilidade civil será atribuída àquele genitor que estiver exercendo o “pátrio poder” no âmbito em que se inferiu o prejuízo, pois se o outro não tem poder para influir no comportamento do menor, tampouco poderá realizar ato culposos suscetível de reprovação³³.

Nessa diretriz, possível destacar o dever de educação do genitor que detiver a guarda, pois será o único que pode cumprir a tarefa relativa à formação do menor, a fim de evitar a produção do dano³⁴.

Prosseguindo com os deveres do poder parental, responderá o genitor que detiver a guarda por lhe ser mais exigível o exercício do dever de vigilância³⁵.

A separação judicial ou o divórcio, inegavelmente, concentra o exercício da guarda num dos genitores, incumbindo-o de exercer os deveres do poder parental, especialmente a vigilância e a educação, resultando na responsabilidade deste

³¹ BENETI, Sidnei Agostinho. Os direitos de guarda, visita e fiscalização dos filhos ante a separação dos pais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 622, p. 40, ago. 1987. Mitigando o efeito da separação judicial ou divórcio, CAHALI advoga a tese de que a composição entre os pais acerca da guarda e posse dos filhos na separação ou divórcio, não resulta em nenhum dos casos na perda ou mesmo suspensão do “pátrio poder” por aquele que não detiver a guarda, apenas o “arrefecimento de algumas de suas implicações” (CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. t. I. 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. p. 285).

³² BELTRÁN DE HEREDIA, op. cit., p.133. Ressalva a autora que a indefinição da guarda, como concepção ampla de titularidade da faculdade da guarda, conduz a considerá-la para efeito de liberação, como base para provar a ausência de culpa (Ibid., p. 133). Afirma ERNESTO SALAS, nesta direção, que a atribuição do dever de educar à mãe, faz com que a responsabilidade recaia sobre ela, salvo se o dano tiver sido produzido quando o filho estava visitando o pai (ERNESTO SALAS, op. cit., p. 132).

³³ GÓMEZ CALLE, op. cit., p. 306.

³⁴ MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, v. I, t.II, op. cit., p. 491.

³⁵ SANTOS NETO, op. cit., p. 180.

genitor³⁶.

Excepcionalmente pode ser responsabilizado o genitor ao qual não foi atribuída a guarda, como no caso de pais separados em que um deles retira o menor no seu dia de visita e vem a ocorrer um ato ilícito perpetrado pelo menor durante a sua guarda momentaneamente³⁷.

O Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo corrobora esta responsabilidade proveniente da guarda esporádica do genitor, condenando aquele que estava com a guarda do menor no momento do acidente³⁸.

Na separação judicial ou divórcio aplica-se, entretanto, a regra da divergência de opiniões doutrinárias, ora agravando, ora mitigando a responsabilidade dos genitores.

Em que pese a lógica que paira sobre a isenção de responsabilidade daquele genitor que não exerce a guarda, a doutrina possui motivos suficientes para gerar o efeito contrário, notadamente por atentar para a função indenizatória da responsabilidade. Nessa linha, argumenta-se que a simples falta de guarda não liberaria os pais, tendo em vista que isso levaria a absurdo não visado pelo legislador, reafirmando a função indenizatória da responsabilidade³⁹.

A concentração da guarda, por conseguinte, não isenta completamente o genitor que não ficou encarregado de responder pelo ato do filho menor, além do mais se for

³⁶ FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993. p. 29. CARBONNIER pondera que tendo sido rompida a comunidade de residência seja pelo divórcio ou separação de corpos, provocada está a responsabilidade do cônjuge que restou com a guarda dos filhos (CARBONNIER, Jean. **Droit civil** : Les obligations. Paris : Universitaires de France, 1956. p. 401):

³⁷ SANTOS NETO, op. cit., p. 181.

³⁸ *“A responsabilidade do pai por ato ilícito do filho menor ocorre quando este estiver sob seu poder e em sua companhia. A ausência de coabitação só isenta desta responsabilidade quando o genitor estiver impedido de fiscalizar e dirigir a conduta de seu filho.*

*[...]Na hipótese, é certo que a guarda da menor fora confiada por força da separação consensual à mulher que tinha residência em Belo Horizonte-MG (fls. 53), Ocorre que o acidente se deu em São Paulo, que é o local da residência do apelante (fls. 36), o que faz presumir a sua responsabilidade, até porque não se pode olvidar que se tratava de período de férias, sendo muito possível e provável que a menina estivesse na guarda do pai, como aliás haviam acordado os seus progenitores por ocasião da separação consensual. De qualquer forma, diante da ausência de prova convincente não há como excluir a responsabilidade do apelante” (SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Cível n. 426.414-2, Relator Bruno Netto, 06 dez. 1989, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 651, p. 94-95, jan. 1990).*

³⁹ BELTRÁN DE HEREDIA, op. cit., p. 135.

apreciado o defeito que normalmente provém da separação ou divórcio.

Relevante para justificar o afastamento do estrito legalismo, a observação de que, em média, elevado número de jovens delinqüentes são oriundos de lares desfeitos ou instáveis. De cada dez jovens delinqüentes, somente dois foram objeto de atenção e interesse afetivo por parte dos pais, enquanto de cada dez jovens sem problemas, nove sentiram-se amparados pelos pais⁴⁰.

Por esse viés, a responsabilidade dos separados ou divorciados deve ser agravada em relação aos genitores que conservam a união entre eles, pois inegavelmente as duas primeiras situações prejudicam a formação do filho, por se encontrar num ambiente de ruptura, pouco importando que haja o amparo da lei para a separação, principalmente se demonstrados os danos provocados no desenvolvimento psicológico do filho com a separação.

Provando isso, esclarece a doutrina que, no contato com os pais, a criança estabelecerá imagens parentais internas e ao *“desenvolver-se na total ausência de um representante de cada sexo, produz uma espécie de hemiplegia simbólica”*, em decorrência da privação de *“uma relação que tem papel fundamental na sua constituição psicológica normal”*.⁴¹ Deverão ser responsabilizados os genitores, portanto, de maneira agravada.

Seja a separação de fato, judicial ou divórcio, poderá o menor nessas situações sofrer influências negativas na sua formação provocada pela cisão no relacionamento dos pais, sendo natural que resulte em desvio de comportamento padrão e agrave a responsabilidade em relação aos genitores que mantiveram a união ou conseguiram suprir a ausência do outro.

Corroborando esse entendimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou os dois genitores separados pelo prejuízo causado pela filha menor, quando somente

⁴⁰ JURITSCH, Martin. **Sociologia da Paternidade** : O pai na família e no mundo, uma análise antropológica. Petrópolis : Vozes, 1970. p. 127.

⁴¹ MARRACCINI, Eliane Michelini; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda dos filhos : algumas diretrizes psicanalíticas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 716, p. 348, jun. 1995.

um estava exercendo a guarda⁴², o fazendo estruturado no dever de assistência,

⁴² “O fato de o agente do ato ilícito ser menor inimputável não retira seu caráter de ilicitude. Na órbita civil, havendo culpa dos pais por omissão, estes respondem solidariamente pela reparação do dano causado pelo filho em detrimento de outrem. A solidariedade passiva na reparação do prejuízo tem fundamento no próprio texto do art. 1.521 do CC.

[...]

A decisão recorrida fundamentou-se no fato de que, recusando-se os pais a proporcionar à menor referida o material escolar de que ela necessitava, não restou à mesma outra alternativa senão a de, usando do ardil que empregou, enganar os empregados da autora e, assim, conseguir o material de que necessitava para garantir os seus estudos, mas cujo fornecimento era dever de seus progenitores.

Foi assim que, afirmando-se autorizada pelo pai, a menor comprou o material escolar de que necessitava, mandando que ele fosse debitado na conta do escritório de contabilidade de seu pai, mas que este e sua ex-mulher, de quem se acha separado, se negavam ambos a fornecer à filha, achando cada um deles que a obrigação era o outro.

Em suma, entendeu a decisão de 1º grau que a menor foi levada a cometer ato ilícito por culpa de seus próprios pais.

O réu varão conformou-se com a decisão, liquidando o seu débito na conformidade da condenação que lhe foi imposta. A mãe da menor, que é advogado e age em causa própria, todavia, apelou da decisão.

[...]

Os pais da menor J. são separados e nenhum deles se julgou obrigado a atender aos reclamos da filha para a compra do material escolar de que necessitava nos seus estudos.

Valendo-se de um ardil, a menor resolveu como obtê-lo. Pois, sabendo que o escritório de contabilidade do qual o seu pai era titular tinha conta no estabelecimento comercial da autora, preencheu guias de requisição do escritório aludido e, apresentando-se no estabelecimento da autora como se estivesse autorizada pelo pai, exigiu as referidas guias e, assim, obteve o material escolar de que necessitava.

A ação foi bem proposta, portanto. Ao contrário do que alegou a apelante, o caso tem assento na responsabilidade delitual, porque, valendo-se de um ardil e mantendo em erro os funcionários da autora, a menor pôde obter vantagem ilícita à custa alheia, ou seja, da própria autora.

Como bem salientou a d. decisão apelada, não fosse a causadora do ilícito inimputável criminalmente, o fato comportaria enquadramento no art. 171 do CP, caracterizando em tese o crime de estelionato.

Mas, entretanto, o fato de o agente ser menor e penalmente inimputável não retira o caráter ilícito do ato que cometeu, de modo que, na órbita civil, havendo culpa dos pais, como ficou demonstrado, estes respondem pela reparação do dano causado pelo filho em detrimento de outrem.

A culpa dos pais está bem demonstrada. Ambos faltaram com o dever de assistência à filha, levando-a, com a sua omissão, à prática do ato ilícito e moralmente reprovável de que dão notícia os autos do processo.

A solidariedade na reparação do prejuízo, contra o quê se insurge a recorrente, tem fundamento no próprio texto do art. 1.521 do CC, pois ambos, tanto o pai como a mãe da menor, concorreram com a sua omissão para a prática do ato ilícito da filha em detrimento da autora.

[...]

Declaração de voto do revisor Des. Ney Almada: “Lastimavelmente, houve equívoco, porquanto minha posição, objetivamente considerada, não discrepa da d. maioria, pelo quê foi retificada a súmula de julgamento.

Apenas dissenti no tocante à tipificação do ato praticado pela menor, que não me pareceu ilícito.

Se o fosse, é certo, por outro lado, que o pai ficaria isento de qualquer responsabilidade, uma vez que não lhe exerce a custódia - pressuposto indeclinável à verificação do efeito ressarcitório.

Admito seja ele submetido à obrigação de indenizar, porém por outro fundamento. Parece-me caso de aplicação da teoria da aparência. A empresa vendedora efetuou a alienação e entrega das mercadorias na persuasão de que havia autorização tácita do pai da menor adquirente. É o que comumente acontece com tal forma de atividade mercantil.

A menor valeu-se de documentação apropriada do escritório do genitor, apresentando-se no estabelecimento comercial sob alegada permissão paterna para a compra efetuada.

embora o caso indicasse a falha no dever de vigilância.

O aspecto subjetivo da responsabilidade dos genitores não está restrito à união entre eles, merecendo apreço saber qual o comportamento frente à cumulação da responsabilidade

7.3 CUMULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

Quando se fala em cumulação da responsabilidade, deve ter-se em mente que esta pode ocorrer por dois caminhos: um cumulando a responsabilidade dos genitores com a responsabilidade de terceiros; outro, cumulando a responsabilidade dos genitores com a responsabilidade dos próprios por outra qualidade, como a de comitente e a de proprietário⁴³.

No tocante à responsabilidade dos genitores cumulada com a de terceiros, entende-se de maneira favorável por não haver razão para que esses não respondam solidariamente pelo fato danoso do menor⁴⁴, principalmente se exercitarem a vigilância⁴⁵.

Porém, para que seja efetuada a cumulação da responsabilidade dos pais com a de terceiros, deverão co-existir os fundamentos e condições de cada uma.

No caso de responderem o comitente e os genitores, o dano deverá ter ocorrido

*Por isso, venia concessa, discrepei da ínclita maioria, não, porém, vale reiterar, no resultado do julgamento[...]" (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação cível n. 107.949-1, Relator Freitas Camargo, 9 fev. 1989. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 641, p. 132-4, mar. 1989).*

⁴³ Pode-se cogitar dessa cumulação ocorrer com o companheiro do genitor não casado, permitindo-se incluí-la entre os casos elencados.

⁴⁴ GIORGI, Giorgio. **Teoria delle obbligazioni**. 7. ed. v. V. Firenze : Fratelli Cammelli, 1909. p. 438.

⁴⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Responsabilidade civil dos pais. In: CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 70. Assevera o autor que o fundamento da responsabilidade por ato do terceiro pode decorrer do dever de vigilância, da coisa perigosa, da posse ou propriedade do veículo, porém considera possível que terceiros responsáveis pelo mesmo fundamento da responsabilidade dos pais, por ter o dever de vigilância sobre o menor (Ibid., p. 70).

durante o trabalho ou em razão deste, carecendo da prova a culpa dos genitores preponderantemente no exercício do dever de educação, bem como o nexo da causalidade, pois a transferência momentânea da guarda impede a aplicação da presunção de culpa pela falta deste fundamento.

Tais considerações indicam que a responsabilidade dos pais dificilmente terá existência concomitante com a do patrão ou comitente, pois a transferência da guarda deixa como melhor caminho a prova do defeito de educação. Em demonstração disso, o Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo considerou a guarda do patrão para isentar os genitores de responsabilidade⁴⁶.

Outra hipótese de cumulação com terceiro se apresenta quando este seja proprietário do veículo dirigido pelo menor ao se envolver em acidente, caso no qual já não há a dificuldade do anterior. O proprietário deverá arcar com a obrigação de indenizar com base na culpa *in vigilando* ou na culpa *in eligendo*, enquanto o genitor terá de indenizar pelo descumprimento dos deveres de vigilância e educação.

Exemplo de julgado cumulador das responsabilidades, o Tribunal de Alçada do Paraná determinou que tanto o pai, que não residia com o condutor do veículo atropelador, como o irmão mais velho na qualidade de proprietário do veículo, indenizassem quatro vítimas atropeladas⁴⁷.

⁴⁶ “Não cabe a inclusão dos pais dos menores na condenação, pois, inobstante [sic] a regra estabelecida no art. 1.521, I, do CC, encontravam-se eles sob a vigilância e fiscalização de seus patrões por ocasião da prática do ato ilícito, sobre os quais a autoridade paterna não exerceu nenhuma influência, cumprindo notar que o ilícito foi praticado quando os menores estavam trabalhando à inteira disposição dos empregadores, além do que o ato foi praticado no exercício de suas funções.

[...] Por outro lado, a sociedade, seus sócios e prepostos são responsáveis porque o autor realmente lhes confiou seu veículo para limpeza, conforme foi bem demonstrado na sentença” (SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Cível. Apelação n. 309.346. Relator Sousa Lima, 13 out. 1983. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 579, p. 119-20, jan. 1994).

⁴⁷ “RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - PEDIDO CERTO E SENTENÇA ILÍQUIDA - ADMISSIBILIDADE, QUANDO SE TRATA DE INDENIZAÇÃO - ARGÜIDA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PAI DO CONDUTOR DO VEÍCULO ATROPELADOR - FILHO DE 17 ANOS QUE RESIDE COM IRMÃO MAIS VELHO - IRRELEVÂNCIA - APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.521, I, DO CC E SÚMULA 341, DO SUPREMO - CULPA COMPROVADA - VELOCIDADE EXCESSIVA E FALTA DE CUIDADOS - RESPONSABILIDADE DO PAI E DO IRMÃO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO [...]

É presumivelmente responsável pela reparação o pai que reside em cidade satélite, onde mantém dormitório para o filho menor sob o pátrio poder (arts. 1.521, I, do CC, e Súmula 341, do STF)”

(PARANÁ. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n. 40.280-0. Relator Ruy Fernando de Oliveira, 17 mar. 1993. **Diário da Justiça**. Curitiba, p. ?, 06 ago. 1993).

No que pertine à cumulação da responsabilidade dos genitores com a deles próprios em outra qualidade é mais suscetível de acontecer do que a outra espécie.

Assim sendo, podem os genitores responder por fundamento dúplice pelos atos dos filhos, considerando que a responsabilidade especial não impede a vítima de invocar a na qualidade de genitor e de proprietário da coisa.

Além da responsabilidade a duplo título dos genitores ser comum nos tribunais, ela atende muitas das vezes aos interesses envolvidos, tornando mais certa a obrigação de indenizar.

A título de demonstração, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em apelação cível, condenou o genitor com base nesta qualidade e na de proprietário de veículo envolvido no acidente⁴⁸.

Outra hipótese comum de cumulação da responsabilidade se faz presente quando sobre o responsável incide na qualidade de genitor e de patrão do menor ofensor. Neste sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, julgando apelação cível, condenou o genitor com base nesta qualidade e na de empregador⁴⁹.

Valoriza-se para haver cumulação a vantagem que ela representa para a vítima, com fundamento na preocupação do ordenamento de não deixar a vítima sem indenização, isso sem esquecer a contribuição que as duas responsabilidades dos

⁴⁸ *“Responsabilidade Civil. Acidente de trânsito. Falta de habilitação. Culpa ‘in vigilando’. Caso fortuito. Descaracterização.*

A culpa de filho maior em acidente de trânsito não exclui a culpa ‘in vigilando’ do pai se este permite a utilização do veículo não obstante a inabilitação daquele.

Não caracteriza caso fortuito a quebra da barra de direção, por constituir descuido relativo à revisão à qual todo veículo deveria ser submetido, mormente aquele com maior tempo de uso.

*A responsabilidade neste caso não nasce da norma contida no art. 1.521, I, do CC, mas do fato de que, conforme orientação da doutrina e da jurisprudência do nosso País, ‘o dono do automóvel é responsável pelos danos causados por fato de terceiro, em uso do automóvel de sua propriedade, só se exonerando se provar que o desapossamento se reveste de todos os característicos do caso fortuito’(cf. ac. do Tribunal do Distrito Federal, transcrito por Wilson de Melo Silva, ob. cit.)” (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n. 45.844, Relator Sérgio Resende, 19 jul. 1979. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 534, p. 106-7, abr. 1980).*

⁴⁹ *“Registrando-se infortúnio por acidente em transporte de trabalhadores rurais, com a improvisada utilização de um trator, arranjado com tábuas em suas laterais e conduzido por menor, filho do empregador, há revelação de séria imprudência de quem criou condições para a conduta arriscada, que tem o dever de reparar o dano derivado do ato imprudente, pois, o patrão rural não deveria abrir mão de usar a carreta preparada para esse tipo de locomoção, inobstante [sic] alegadas sugestões simplificadoras, até da vítima” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 76.642-1, Relator Octávio Stucchi, 11 nov. 1986. **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, v. 123, p. 314-5, 1987).*

genitores dão no arrazoamento da decisão judicial que objetiva essa proteção do lesado.

Pode-se deduzir, desta forma, que mesmo sendo corrente que a presunção deve ser interpretada restritivamente, permite-se a ampliação para responsabilizar terceiros e, por duplo fundamento, os genitores, em todos os casos favorecendo o lesado.

7.4 EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE

O último desdobramento da responsabilidade dos genitores na perspectiva subjetiva constitui a controvérsia a respeito de determinar se ela pode ser ou não ser estendida àqueles que não sejam genitores.

Seguindo a lógica de que, por ser atribuído a responder justamente pela qualidade de genitor, jamais poderia alcançar outros, a doutrina, em regra, manifesta-se contrariamente à sua extensão⁵⁰. Os argumentos para a negativa, contudo, não são absolutamente uniformes.

Nessa direção, ao opinar pela necessidade da responsabilidade indireta ser interpretada restritivamente, Alvino LIMA atribui ao poder parental a motivação para inadmitir a extensão da responsabilidade dos genitores a terceiros que não exerçam este dever, qualquer que seja a relação do terceiro com o menor. Segundo ele, a responsabilidade, neste caso, será regida pela culpa comum, ressaltando as hipóteses dos pais naturais e dos adotivos⁵¹.

Acrescentando outro motivo para a interpretação restritiva, TUNC e os irmãos

⁵⁰ O art. 1.384 não é extensível a outras pessoas, como tutores e avós (TOURNEAU, Philippe Le. **La Responsabilité Civile**. t. I. Paris : Dalloz, 1972. p. 446).

Por pessoas presumidas em falta são os pais e a mãe, jamais outro parente, nem um tutor, salvo se for utilizada a responsabilidade comum (CARBONNIER, op. cit., p. 407).

Por alicerce na existência de presunção, opina-se pela não interpretação analógica ou ampliativa da presunção de responsabilidade do art. 1.521 do CC (FACCHINI NETO, Eugenio. **Da responsabilidade civil pelo fato de outrem**. São Paulo, 198-. Dissertação de Mestrado - Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. p. 77).

⁵¹ LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro : Forense, 1973. p. 34.

MAZEUD vêem a ausência de indicação da lei como obstáculo para a ampliação da responsabilidade a outros parentes, ainda que os pais estejam mortos ou a guarda recaia sobre os avós⁵². Concluem os autores que somente a guarda derivada do “pátrio poder” é que autoriza a regra especial de culpa⁵³, à medida que seria desatinado estender a responsabilidade a outrem não mencionado expressamente no preceito⁵⁴.

Tal opinião encontra aceitação na doutrina espanhola que, diante da guarda de fato exercida por pessoas que não sejam pais e tutores, veda a presunção da responsabilidade como se genitores fossem⁵⁵.

Isso não obsta a vítima invocar os princípios gerais da responsabilidade fazendo prova da culpa cometida pelo terceiro, ao invés de utilizar a presunção de culpa⁵⁶.

Contrariando essas declarações, a interpretação extensiva da responsabilidade encontra respaldo doutrinário que, na mesma linha da corrente restritiva, possui fundamentos diversos em cada autor.

A justificativa para a extensão da responsabilidade a terceiros não genitores, na opinião de GIORGI, está na observação que deve ser examinada a espécie de presunção de culpa, se absoluta ou relativa. Na primeira, inadmitindo-se prova em

⁵² MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, v. I, t.II, op. cit., p. 495. Seguindo a mesma opinião, o magistrado gaúcho Mário Moacyr PORTO defende a taxatividade do art. 1.521, sem prejuízo de responsabilidade comum (PORTO, Mário Moacyr, Responsabilidade civil por fato ou ação de terceiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 650, p. 9, dez. 1989).

Repetindo a opinião dos doutrinadores franceses, SALAS afirma ser ato estrito a enumeração dos responsáveis, sem prejuízo de que terceiros possam ser responsabilizados por outras regras que não a presunção (ERNESTO SALAS, op. cit. p. 134).

Trabalhando o tema sob o ponto de vista da casuística Carvalho de MENDONÇA elenca alguns casos particulares. Assim, se houve internação em estabelecimento de ensino, não é responsável o pai. Estudando em curso superior: responsabilidade do pai; Entregue a um empregado na casa do pai: responsabilidade do pai; Se trabalha fora, depende da hora da produção do dano; Se foge da casa: responsável o pai. Ausência do pai: se prolongada, passa para a mãe; Se permanecer incapaz após maioridade: responsabilidade do pai; Se houver emancipação só pelo casamento cessa a responsabilidade; não há limite da cota hereditária, pois a responsabilidade é por ato e culpa própria; Exoneração: deixa de ser responsável provando o uso de toda diligência necessária e toda precaução possível para evitar o dano - deve demonstrar que ministrou sempre uma educação perfeita e a impossibilidade de prever o dano (MENDONÇA, op. cit., p. 464-5).

⁵³ MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, v. I, t. II, op. cit., p. 497-8.

⁵⁴ MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, v. I, t. I, op. cit., p. 471 e 473.

⁵⁵ BELTRÁN DE HEREDIA, op. cit., p. 51.

⁵⁶ MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, v. I, t. II, op. cit., p. 475.

contrário, a interpretação extensiva deve ser automaticamente vedada, enquanto na última, por admitir seja afastada a presunção, pode ela ser estendida a terceiro, desde que haja por parte dele cooperação indireta ou conduta passiva por não haver impedido o dano quando o podia. Logo, tratando-se de presunção simples, a presunção de culpa dos pais, segundo o autor mencionado, pode ser estendida para outros quando houver o dever e o poder de impedir o dano.⁵⁷.

Não só a espécie de presunção faz a doutrina admitir a extensão da responsabilidade. Pontes de MIRANDA defende a tese de responsabilidade do terceiro condicionada à verdadeira transferência do dever de cuidado, seja expressa ou tácita, de tal modo que *“se o pae põe o filho em collegio ou outro estabelecimento, que o vigie, responde o dono d’este”*, se o recebimento pelo estabelecimento do menor tiver sido correlacionado com o contrato (v.g., de ensino particular), termo de responsabilidade ou entrega efetiva dos pais⁵⁸. Embora o juiz não possa deixar de responsabilizar o guardador do menor, a pessoa que recebe a criança também adquire direito e deveres em relação a ela e a todos, devendo responder perante o lesado.

Esclarece, ainda, não ser aconselhável a aplicação do artigo 1.521 exclusivamente para aquelas pessoas nele dispostas, levando-se em consideração que o importante seria a vigilância, independente da sua causa, para o estabelecimento da responsabilidade, já que o dever de vigilância não é inerente à autoridade, sendo transferido plenamente pelo autor. Neste sentido, Pontes de MIRANDA vê o padrasto como responsável pelos atos do menor que estiver em sua companhia⁵⁹.

A delegação do dever de vigilância pelos pais a terceiro, para o autor, tem o

⁵⁷ GIORGI, Jorge. **Teoría de las obligaciones** : en derecho moderno. v. I. Madrid : Reus, 1969. p. 6-7.

⁵⁸ MIRANDA, Das obrigações..., p. 272 - mantida a grafia original.

⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. t. VII. 3ª ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1971. p. 142 - mantida a grafia original. Para o fato dos tribunais franceses aceitarem a responsabilidade de terceiros com exclusão a presunção de culpa, Pontes pondera que *“talvez fosse melhor distinguir: se não houve delegação completa e permanente do dever de vigilância, está bem que se não presuma; porém se houve, será absurdo não ver no pae de criação, no que serve de tutor sem o ser, o mesmo dever que teriam paes e tutores. Qual, nestes casos, a responsabilidade dos paes? Três são os casos: a) Deu-se delegação completa, v. g., mudança de habitação, escolha de professores pela mãe; b) Delegação e culpa in eligendo do pae; c) Entrega temporaria, em que cessa ou não a vigilancia de facto. Só no caso da letra e, o pae não é responsável”* (MIRANDA, Das obrigações..., p. 289 - mantida a grafia original).

condão de isentá-los se não houve culpa *in eligendo* ou prejuízo provocado pelo menor contra o atual vigilante⁶⁰.

Apresentam-se dois caminhos: um negatório da extensão com fundamento no poder parental, na falta de previsão legal e na necessidade de provar a culpa; outro anuindo com a extensão fundada na presunção relativa de culpa e na vigilância.

Perante estas alternativas de extensão ou não, melhor interpretar a regra da culpa presumível de forma mais maleável, no sentido de permitir a extensão quando seja medida que mais se aproxima da justiça, em especial na hipótese de favorecer a vítima⁶¹.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgando apelação cível contra sentença de extinção do processo, sem apreciar o mérito, por entender, o primeiro grau, não extensível a responsabilidade dos genitores aos avós, acabou reformando e admitindo o processamento com fundamento na extensão desta responsabilidade⁶².

Na mesma seara, o Tribunal de Alçada do Paraná, em apelação cível versando sobre colisão de automóveis, admitiu a responsabilidade do companheiro da mãe como

⁶⁰ MIRANDA, Das obrigações..., p. 288 - mantida a grafia original.

⁶¹ CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 84-9.

⁶² *“RESPONSABILIDADE CIVIL. ATO DO MENOR. RESPONSABILIDADE DO AVÔ. Não se admite seja decretada, mediante julgamento antecipado, a extinção do processo em ação ordinária de indenização promovida contra o avô para a reparação de um dano causado por menor, se o autor alegou ser ele encarregado da vigilância do menor, que com ele residia, e, chamada a especificar provas, requerer sua produção, não se justificando que por presunção meramente relativa seja atribuída tal responsabilidade exclusivamente aos pais, ainda vivos, pois o que importa é identificar a quem cabia o exercício do dever de vigilância. Provimento da apelação para anular a sentença e determinar a produção da prova.*

[...]

*Em princípio, a norma do art. 1.521, I do Cod. Civil deve ser entendida como de atribuição de responsabilidade pela reparação de danos causados por menores não só aos pais, mas àqueles que efetivamente tenham sob sua guarda e sob seus cuidados o autor do ato danoso. Tanto é assim que no inciso II da mesma norma é atribuída ao tutor e ao Curador em relação a pupilos e curatelados. Explica-se essa conclusão porque a responsabilidade se envolve em tal caso no exercício do dever de vigilância, que não pode ser atribuído ao pai se o menor está sob posse e guarda de outrem. Vigilância que, como é óbvio, há de ser exercida em termo de normalidade, ou seja, nos limites da que deva ser desempenhada normalmente pelos próprios pais” (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.042/87. Relator Paulo Pinto, 27 ago. 1987. **Diário da Justiça**. Rio de Janeiro, p. ?, 21 out. 1987).*

se genitor fosse⁶³.

Analisada a conformação da responsabilidade diante das entidades familiares normais e rompidas, da cumulação e da extensão da responsabilidade, enfim, os preponderantes aspectos subjetivos, pode-se passar ao estudo da exoneração.

⁶³ “RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - ACIDENTE CAUSADO POR MENOR IMPÚBERE, QUE SE ENCONTRAVA SOB A RESPONSABILIDADE E GUARDA DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO E DE SUA COMPANHEIRA - APOSSAMENTO DO VEÍCULO (AUTOMÓVEL), NA AUSÊNCIA DO PROPRIETÁRIO - CULPA IN VIGILANDO - APELO IMPROVIDO.

É presumida a culpa dos pais, pelos filhos menores que estiverem sob o seu poder e em sua companhia (art. 1.521, I do Código Civil). Equipara-se a filho menor para este efeito aquele que vive em companhia do proprietário do veículo e sua companheira, esta mãe do menor [...].

No tocante a responsabilidade do suplicado por ato de seu enteado, pois esclareceu em seu depoimento que o mesmo vive juntamente com sua mãe, em sua companhia, há um ano e quatro meses (até a data do acidente), não resta a menor dúvida, pois incumbia-lhe maior vigilância com relação ao menor, impedindo que o mesmo tivesse acesso ao veículo automotor. Trata-se de culpa in vigilando, que foi muito bem esclarecida pelo Juiz sentenciante, que trouxe aos autos os subsídios doutrinários aplicáveis na espécie” (PARANÁ. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n. 57.845-2, Rel. José Wanderlei Resende, 16 ago 1993. DIÁRIO DA JUSTIÇA. p.27, 10 dez. 1993)

8 MEIOS EXONERATÓRIOS

A exclusão da responsabilidade dos pais pelos atos danosos dos filhos leva em consideração, por imperativo lógico, os fundamentos e condições dos quais ela não prescinde, fazendo com que aquela seja a contra-face destes.

Acontece que, como visto nos capítulos 4, 5 e 6, não são poucos os fundamentos e condições, vinculando-se a exoneração à concepção pessoal que se tenha e a aplicação que seja dada ao tema¹.

Ademais, a exoneração pode ser proveniente dos valores pertinentes ao evento danoso, bem como da responsabilização do menor em nome próprio, deixando, nesta última hipótese, os pais, por via indireta, isentos das obrigações derivadas do vínculo indenizatório.

8.1 PELOS FUNDAMENTOS GENÉRICOS E ESPECIAIS

A responsabilidade civil dos genitores tem por fundamento não somente aqueles comuns à regra geral, em vista de se tratar de modalidade especial e que, por isso, incorpora os seus específicos.

Os fundamentos comuns da responsabilidade civil consistem na culpa presumida, responsabilidade objetiva e responsabilidade por garantia, como visto no capítulo 4.

¹ Corroborando essa posição, a doutrinadora espanhola BELTRÁN DE HEREDIA analisa que, para a liberação de um só dos genitores, depende da postura que se adote em torno do fundamento e características da responsabilidade paterna. Se for objetivo, só haverá liberação dos genitores se não for causado pelo filho ou não estiver na sua guarda. Para a concepção subjetiva, incumbirá aos pais provar a ausência de culpa para a destruir a presunção e conseguir a exoneração da responsabilidade. (BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen Lopez. **La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos**. Madrid : Tecnos, 1988. p. 119).

Os fundamentos específicos estudados da responsabilidade dos genitores compõem-se pelo poder parental, guarda e deveres de vigilância e educação.

Dessa gama de fundamentos, conjugados ou isoladamente, decorrem meios diversos de exoneração.

Pode-se questionar, por exemplo, se a perda do poder parental exonera o genitor que não o detiver mais, deparando-se com a negativa diante da razoável possibilidade de que a conduta danosa do menor tenha se originado dos defeitos de formação produzidos na época do procedimento irregular do genitor excluído.

Em geral, porém, mesclam-se os fundamentos genéricos com os específicos, resultando na preferência pela culpa presumida, conjugada com o descumprimento dos deveres de vigilância e de educação, derivando a exoneração da demonstração pelos genitores do cumprimento destes deveres².

Parte da doutrina reputa suficiente o dever educacional como fundamento, excluindo a responsabilidade dos pais diante do não exercício desse dever³.

Outra parcela prefere que a prova liberatória consista na demonstração do cumprimento do dever de vigilância sobre o filho menor ou de que mesmo uma vigilância adequada não teria evitado o prejuízo⁴.

A práxis dessas duas doutrinas está no acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, numa situação fática em que houve a ocultação de relacionamento entre os menores, existindo uma família legítima e organizada do menor ofensor da honra da menor litigante, decidiu por exonerar o pai de responder pelos atos do filho com a investigação do cumprimento dos deveres de vigilância e educação⁵.

² ACUÑA ANZORENA, Arturo. **Estudios sobre la responsabilidad civil**. La Plata : Platense, 1963. p.303. CONSOLO, Giovanni Cesareo. **Trattato sul Risarcimento del Danno in Materia di Delitti e Quasi Delitti**. Torino : Torinese, 1908. p. 364-5.

³ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de Derecho Civil**. t. III, v. II; t. V; Buenos Aires : La Ley, 1963. p.164.

⁴ GÓMEZ CALLE, Esther. **La responsabilidad civil de los padres**. Madrid : Montecorvo, 1992. p. 224.

⁵ “O princípio constante do art. 1.525 do Código Civil é válido quer se trate de jurisdição propriamente criminal, quer se trate de jurisdição especial, em atenção ao agente, quando se cuida de fixar a existência do fato e seu autor.

A responsabilidade dos genitores, todavia, não está restrita à exoneração com base na soma do fundamento genérico da culpa com os especiais do dever de educação e de vigilância, devendo ser considerado da mesma forma o resultado da combinação de ambos, os genéricos objetivadores com os especiais.

Concatenando essas duas posições que individualizam os deveres de vigilância e educação, defende-se a necessidade de provarem os genitores ausência de culpa *in vigilando* e culpa *in educando*, acrescentando a prova de haver o pai empregado a integral diligência de um bom pai de família para prevenir o dano⁶.

Se a escolha for a responsabilidade objetiva, em conseqüência, dependerá para ser elidida de uma prova positiva de haver o responsável efetuado tudo quanto era possível para impedir o fato, de haver dado uma educação capaz de evitar todo comportamento danoso do menor⁷.

De acordo com essa hipótese, TUNC e os irmãos MAZEAUD acrescentam uma obrigação aos genitores de demonstrarem uma vigilância adequada e que o ato do filho não proveio de má educação. Segundo eles, a responsabilidade objetiva impõe aos pais uma vigilância extremada sobre os filhos capaz de evitar danos, tornando difícil

A indenização será graduada pelo Juiz, segundo a condição social e o estado civil da ofendida. Não concorrendo o pai com negligência ou culpa pela prática do ato ilícito de filho menor, que viva em sua companhia, não deve ser responsabilizado civilmente.

[...]

Quanto a apelação do réu Fonseca, deram provimento para excluí-lo da condenação, porque pela prova dos autos, não pode ser responsabilizado pelo ato do seu filho Flávio Fonseca.

Segundo a legislação vigente: 'são também responsáveis pela reparação civil: os pais, pelos filhos menores que tiverem sob seu poder e companhia, não provando que não houve de sua parte culpa ou negligência' (Vieira Ferreira, Consolidação das Leis Cíveis, art. 1.274.

O que se nota nos autos, é que a família da autora procurou ocultar a José Fonseca as relações daquela com o menor Flávio Fonseca. É o que a própria autora confessa em seu depoimento pessoal, quando esclarece que o pai da depoente não procurou se entender com o pai do réu por entender desnecessário.

As testemunhas arroladas pela autora nada dizem contra a atitude do pai de Flávio (fls.), enquanto que as testemunhas arroladas pelos réus atestam que José Fonseca soube educar seus filhos, matriculando Flávio em colégio e mantendo-o em sua companhia no escritório comercial (fls.).

Na sindicância procedida pelo assistente social, foi verificado quanto aos réus, que eles constituem 'família legítima e organizada', nada tendo sido apurado que os desabone (fls.).

*Não se pode envolver a responsabilidade de José Fonseca no ato praticado por seu filho, em situação e local que o pai não poderia fiscalizar". (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 48.210, Relator Prado Fraga, 28 set. 1950. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 189, p. 682-5, jan. 1951).*

⁶ GÓMEZ CALLE, op. cit., p. 232.

⁷ GIARDINA, Francesca. **La condizione giuridica del minore**. Napoli : Jovene, 1984. p. 133.

a exclusão desta responsabilidade que só seria admitida se o filho tivesse sido confiado à vigilância de terceiro, se a educação e liberdade concedidas fossem compatíveis com a idade do menor e, por fim, se o ato culposo não proveio de defeito de caráter⁸.

Forma semelhante, somando os fundamentos especiais com os genéricos da responsabilidade objetiva, dificultando os pais de se exonerarem, pondera Álvaro VIVES que “*se a natureza do ato danoso expressa o defeito de educação ou habito vicioso, não tem valia a prova que os pais fizerem de ausência de culpa in vigilando e in educando*”.⁹

Baseando-se na responsabilidade fundada na noção de garantia, embora esta ainda não tenha sido estabelecida totalmente, afirma-se que ela dispensa prova do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do responsável, exigindo unicamente que a prova liberatória trilhe pela comprovação de caso fortuito suficiente para excluir o liame de causalidade¹⁰.

Esboçando a ausência de solidez do fundamento garantia, BELTRÁN DE HEREDIA admite como meios exoneratórios a culpa do prejudicado, a culpa de terceiro ou força maior¹¹, meios estes que muito a aproximam daqueles correspondentes à responsabilidade objetiva.

A doutrina italiana, em consonância com a dificuldade de exoneração proveniente da multiplicidade de fundamentos e condições, reconhece na jurisprudência daquele país, a responsabilidade dos genitores objetiva por quatro motivos: a) o próprio fato danoso do menor ser sintoma de culpa; b) a impossibilidade de exonerar a responsabilidade; c) a culpa aplicada em sentido meramente formal; d) a tutela ao

⁸ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. v. I, t.II; Buenos Aires : Europa-América, 19--. p. 519.

⁹ PÉREZ VIVES, Álvaro. **Teoría general de las obligaciones**. 2. ed. v. II, 1ª parte. Bogotá : Temis, 1954. p. 131. No original: “*No obstante, si la naturaleza, si el carácter del hecho que determinó el daño, ponen de manifiesto que hubo por parte del hijo actos u omisiones provenientes de mala educación o consecuencia de hábitos viciosos que ha adquirido, habrá responsabilidad a cargo de los padres apesar de esa doble prueba*” (Ibid., p. 131 - tradução livre).

¹⁰ PONZANELLI, Giulio. **La responsabilità civile**. Bologna : Mulino, 1992. p. 131, 181 e 247.

¹¹ BELTRÁN DE HEREDIA, op. cit., p. 222.

prejudicado. Encerra a doutrina sustentando que de uma responsabilidade por função passou-se a ser uma responsabilidade verdadeiramente objetiva¹².

A doutrina critica a corrente que objetiva a responsabilidade com base na necessidade de que essa objetivação somente derive de norma expressa no direito positivo, além da prevalência da culpa como fundamento da responsabilidade em geral¹³.

Na maioria dos casos, no entanto, a responsabilidade dos pais chega a alcançar requisitos tais para a sua exoneração, que muito a aproxima da forma objetiva ou de garantia, restringindo em demasia a possibilidade de sua isenção, pois dependerá da existência de caso fortuito, força maior, prova da ausência de nexo causal ou culpa exclusiva da vítima.

A exoneração da responsabilidade civil dos pais, mediante o combate dos fundamentos gerais e especiais, resulta num dos caminhos que os genitores podem percorrer para alcançar o objetivo de não ter de indenizar a vítima, malgrado haja outros, consoante as seções seguintes apontam.

8.2 PELAS CONDIÇÕES DE SURGIMENTO

Dependendo a responsabilidade dos genitores do preenchimento de certas condições, ampliam-se as possibilidades de isenção do vínculo indenizatório. Sendo assim, as suas condições, estudadas no capítulo 6, podem ser utilizadas para a exclusão.

Em relação à condição da menoridade, a emancipação do menor, desta maneira, concede a ele a imputabilidade antecipada e, indiretamente, faz com que os genitores sejam liberados do possível vínculo indenizatório.

¹² GIARDINA, op. cit., p. 134

¹³ GÓMEZ CALLE, op. cit., p. 275-6.

Todavia, com o intuito de evitar fraudes por parte dos genitores, diferenciam-se os casos de emancipação. Se a emancipação for legal, em regra, exonera-se a responsabilidade, decorrente do matrimônio, conclusão curso universitário e exercício do comércio¹⁴.

Ao contrário, se voluntária a emancipação, injustificada a liberação do genitor, não o isentando da responsabilidade pelo dano derivado da imprudência cometida pelo filho que adquiriu liberdade imerecida, diante das próprias circunstâncias, a qual foi concedida pelo próprio beneficiário dessa emancipação¹⁵.

Outra parcela da doutrina, contudo, acata a emancipação como meio de exonerar os genitores de responderem. A situação é bem definida por CARBONNIER, para quem a emancipação cessa com a presunção (salvo se a vítima provar que os pais cometeram uma falta pessoal ao conceder equivocadamente a independência)¹⁶.

A emancipação, na perspectiva de SANTOS NETO, afasta a responsabilidade deles se o filho não estiver sob o “pátrio poder” ou guarda dos genitores, desaparecendo em relação a ele o dever de vigilância, se não houver intenção de os pais se isentarem da responsabilidade¹⁷.

Assim, a doutrina concebe a emancipação, de um lado, como rompedora do fundamento da responsabilidade do pai pelo efeito de ser atribuída a maioridade e, de outro, como fraude se não houve a intenção de emancipar, e sim de esquivar-se das

¹⁴ Código Civil, artigo 9º: “Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

§ 1º Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - Por concessão do pai, ou, se for morte, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido os tutores e o menor tiver dezoito anos cumpridos.

II - Pelo casamento.

III - Pelo exercício de emprego público efetivo.

IV - Pela colação de grau científico em curso de ensino superior.

V - Pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria”.

¹⁵ GIORGI, Giorgio. **Teoria delle obbligazioni** : nel diritto moderno italiano. v. V. Firenze : Fratelli Cammelli, 1909. p. 441.

¹⁶ CARBONNIER, Jean. **Droit civil** : Les obligations. Paris : Universitaires de France, 1956. p. 401.

¹⁷ SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994. p. 184.

conseqüências da manutenção¹⁸.

Exemplo disso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em caso de emancipação voluntária, negou aos genitores que autorizaram o ato isentarem-se das conseqüências deste, destacando a responsabilidade para deixar os efeitos da emancipação restritos a outros aspectos dos atos da vida civil, o que confirma a diferença entre capacidade e responsabilidade¹⁹.

Não somente a emancipação exonera os pais, não obstante, podendo-se incluir na categoria exoneratória a simples maioria. Neste sentido, entende Mário Moacyr PORTO que *“a presunção de culpa ou de responsabilidade dos pais em relação aos filhos não abrange aqueles que, por lei, são considerados maiores”*.²⁰

O requisito da maioria, portanto, afasta em regra a responsabilidade. A exceção fica por conta da doutrina que entende não cessar a presunção de culpa se for mantida a coabitação do filho com os genitores e a obrigação de vigilar²¹.

Além da maioria e emancipação, a isenção de responsabilidade pode decorrer da ausência de coabitação. Para não tornar sem efeito, o limitador mínimo imposto pela doutrina e tribunais é a existência de motivo legítimo, de tal forma que somente a justificada não coabitação derivada deste é admitida como hábil a exonerar a

¹⁸ LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro : Forense, 1973. p. 35-6.

¹⁹ *“Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores. Emancipação. A emancipação concedida pelo pai ao filho menor é liberalidade exclusivamente benéfica deste. Tem a finalidade de liberá-lo da assistência, facilitando-lhe a prática dos atos jurídicos. Desavém ao pai utilizá-la para descartar-se da responsabilidade pelos atos do filho menor ‘na idade em que os riscos se maximizam - da puberdade até a maioria com os 21 anos’, porque torna mascarada a libertação do pátrio poder. Nestas circunstâncias, a delegação total da capacidade outorgada pelo pai ao filho menor não compreende exoneração da responsabilidade, que não se substitui, nem se sucede, para delir a solidariedade nascida do ato ilícito.*

Não é nulo, mas ineficaz, o ato da emancipação em face de terceiros e do menor, prejudicial pela totalidade da carga na obrigação de indenizar, por isso cognoscível o defeito e pronunciável de ofício no próprio processo. Sentença confirmada”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 18605454, Relator Martins Costa, 18 ago. 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 639, p. 172-4, jan. 1989).

²⁰ PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos menores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 55, p. 13, jan. 1982.

²¹ MAZEAUD; MAZEAUD; TUNC, t. II, v. I, op. cit., p. 501.

responsabilidade²².

Mínimo porque, de acordo com a doutrina, a vida em companhia não é um critério decisivo, mas será, sem dúvida, um elemento a considerar, cujo valor dependerá das circunstâncias restantes do caso concreto. Mesmo assim, poderá ser utilizada como prova da impossibilidade de prevenir o dano, sobretudo se o menor tiver sido confiado a outra pessoa suscetível de responder pelos danos que haja causado²³.

A ingênua ausência de um dos pais no momento e lugar de cometimento do ato danoso não será suficiente para eliminar a culpa presumida do outro²⁴. Corrigindo o que seria uma facilitação inadequada para exonerar a responsabilidade dos pais, soma-se o elemento fático da simples ausência com requisito de não ter havido culpa no exercício do “pátrio poder”²⁵.

A exoneração pode provir, ainda, da ausência de culpa do menor, da inexistência de nexo de causalidade e da licitude.

Quanto à culpa do menor, recepcionando-a, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, fundamentou a exoneração da responsabilidade dos pais na inexistência de culpa do menor, ressaltando que a culpa *in vigilando* não terá qualquer efeito²⁶. A falta

²² GIORGI, Giorgio. **Teoria delle obbligazioni**..., p. 441; MIRANDA, Das obrigações..., p. 277. Exemplos de coabitação ilegítima na vagabundagem do filho ou fuga da casa paterna.

²³ BELTRÁN DE HEREDIA, op. cit., p. 76

²⁴ Ibid., p. 120-1.

²⁵ GIORGI, Giorgio. **Teoria delle obbligazioni**..., p. 444. No mesmo sentido: Pontes de MIRANDA, segundo o qual isenta-se de responsabilidade o pai se o prejuízo foi produzido quando não estava presente se não evidencia culpa anterior (MIRANDA, Pontes de. Das obrigações por actos ilícitos. In: LACERDA, Paulo de. **Manual do Código Civil Brasileiro** : Direito das Obrigações. v. XVI. 3ª parte. t. I Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, 1927. p. 287-8).

²⁶ “Acidente de veículos. Menor condutor. Culpa indemonstrada. Improvida. Inexiste presunção de culpa pelo só fato da menoridade e falta de habilitação do condutor. A responsabilidade por ilícito civil há que se assentar em alguma das condutas indicadas no art. 159 do CC. Julga-se improcedente a ação se os testemunhos e o registro policial não convencem da imperícia ou imprudência alegadas pelo autor.

[...]Desde que indemonstrada a culpa do menor, torna-se ocioso perquirir, aqui, se o pai, ora apelado, tinha autorizado o filho a sair com o veículo acidentado. Na hipótese dos autos, a culpa ‘in vigilando’ acaso existente, se não provada a outra, resta sem maior consequência.

[...] Finalmente, como bem frisou o Magistrado, a falta de habilitação, infração administrativa, não leva à presunção de culpa, impondo-se a demonstração da conduta indicada no art. 159 do CC para os fins da responsabilidade patrimonial” (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 7.597, Relator Ivo Sell, 15 jul. 1971. **Revista dos Tribunais**, v. 435, p. 166-8, jan. 1972).

de culpa do menor no evento danoso, por conseguinte, impede que os pais respondam pela conduta do menor diante do lesado.

Ademais, se o dano proveio de evento provocado por terceiro, não por intermédio de conduta do menor, não podem os pais responderem no lugar do autor do dano²⁷.

Outra opção para excluir a responsabilidade está na ausência de ato ilícito do menor, pois sem o cometimento de uma conduta ilícita, danosa e culpável pelo filho, não existiria ato ilícito do filho e nem dos pais²⁸.

As condições e fundamentos caracterizam-se como meios convencionais de exoneração da responsabilidade pelos genitores, havendo ainda outros caminhos para serem apreciados.

8.3 PELOS VALORES OBJETIVOS, SUBJETIVOS, SOCIAIS E CONTEMPORÂNEOS

A responsabilidade civil dos pais não envolve questões exclusivamente dogmáticas, recebendo interferência dos valores sociais e contemporâneos.

No campo da exoneração, desta forma, devem ser incluídos tais meios indiretos, decorrentes das influências dos valores sociais e contemporâneos sobre o instituto jurídico da responsabilidade dos genitores.

No que pertine aos valores sociais, deve ser considerado que, em contrapartida às posições exacerbadas sobre liberação da responsabilidade dos pais, adicionaram-se novos elementos para mitigar eventuais distorções da teoria clássica da responsabilidade civil.

Os mesmos valores levam a doutrina a considerar que devem ser apreciados fatores objetivos, tais como a sua natureza, tempo, circunstância, lugar e modo de

²⁷ GÓMEZ CALLE, op. cit., p. 295.

²⁸ GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni...*, p. 447.

produção que tornou inevitável ao responsável o ato danoso do filho²⁹.

A doutrina chama atenção, ainda, para outros valores objetivos e subjetivos como os costumes, os usos, as necessidades da vida, o caráter do menor, o desenvolvimento da inteligência e todas as demais particularidades para impor uma atenção maior ou menor aos filhos no exercício dos seus deveres pelos genitores³⁰.

Ademais, da valoração sobre o fato em si, igualmente se procede à valoração dos deveres dos genitores, opinando-se pela observância específica do dever de vigilância e de educação, atendendo às condições do ambiente social em que vivem os envolvidos e o menor, a personalidade do implicado³¹, ou a ocupação dos genitores³².

O exercício do dever de vigilância, segundo SALAS, deve ser confirmado com a idade do menor com o fito de impedir que o dano provenha da imprudência do filho, cercado-se de cuidados com vedação de atividades perigosas e a certificação de que não há desobediência³³.

No exercício desse dever, incluiu Luiz da Cunha GONÇALVES, a necessidade de atentar para o temperamento do menor, a classe social, a idade, os usos e a natureza do ato³⁴.

Porém, não somente os valores subjetivos e objetivos repercutem sobre a exoneração e complementam os elementos ordinários de aferição da responsabilidade, devendo-se considerar os aspectos sociais e as circunstâncias do mundo contemporâneo.

Por esse motivo, Antonio Junqueira de AZEVEDO já defendia, no período de

²⁹ CIAN, Giorgio & TRABUCCHI, Alberto. **Commentario breve al Codice Civile**. 2ª ed. Padova : Antonio Milani, 1984. p. 1419.

³⁰ ERNESTO SALAS, Acchel. **Estudios sobre la responsabilidad civil**. Buenos Aires : Valerios Abeledo, 1947. p. 145-6.

³¹ ROVELLI, Roberto. **La responsabilitá civile de fatto illecito**. Torino : Unione, p. 262.

³² ZATTI, Paolo; COLUSSI, Vittorio. **Lineamenti di diritto privato**. 4. ed. Padova : Antonio Milani, 1993. p. 613.

³³ ERNESTO SALAS, op. cit., p. 145-6.

³⁴ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil**. 1. ed. v. I. t. I; São Paulo : Max Limonad, 1955. p. 851

ditadura no Brasil, uma maior liberdade dos pais para provarem a ausência de culpa. Acatando-se as influências recebidas pelos filhos advindas de fora do lar, em especial nos grandes centros urbanos, repartindo os genitores com os educadores e os meios de comunicação, a tarefa que antes era praticamente exclusiva deles³⁵.

Seguindo esta corrente, Caio Mário da Silva PEREIRA admite a *“impossibilidade psicológica dos pais contemporâneos de oporem-se a tal ou tais atos dos filhos, como motivo de exoneração de responsabilidade”*.³⁶

E a doutrina especializada, ratificando ainda mais a relevância contemporânea, reconhece que as condições econômicas vulneram até mesmo as condições psicológicas de os pais cumprirem adequadamente com os seus deveres, não obstante o cuidado à infância seja atribuição dos genitores, da sociedade e do Estado (artigo 227, *caput*, da Constituição Federal), em razão do resultado do somatório da pobreza, com a omissão do Estado e da sociedade na proteção da família³⁷.

Fator importante de influência da responsabilidade encontra-se nas modificações operadas no seio da família, que da composição com gerações diversas e parentes colaterais, passou para a família nuclear e, atualmente, migra para a família pós-nuclear. A teoria clássica da responsabilidade civil, voltada para o primeiro modelo de família, não acatava as ligações meramente afetivas do segundo modelo e nem os empecilhos do terceiro modelo.

Considere-se, ainda, ao conjugar a sociedade contemporânea brasileira com a responsabilidade dos pais, a modificação para pior da situação econômica e social do país, aumentando a concentração de renda³⁸ na mão de poucos e construindo maior

³⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Responsabilidade civil dos pais. In: CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 61.

³⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991. p. 100.

³⁷ ANDRADE, Roberto de Oliveira. Comentário ao artigo 22. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emilio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 92-3

³⁸ Recentemente, o relatório anual do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento elencou o Brasil como o pior país em distribuição de renda da América Latina, proveniente esse desempenho do fato de que *“a renda per capita dos 20% mais pobres - US\$ 564 - corresponde a apenas 10,5% da renda*

número de miseráveis. A família apresenta, nessa conjuntura, as seguintes características quando próxima da marginalização: *“baixo nível de renda, habitação sub-humana; subalimentação; analfabetismo e baixo nível de escolaridade; baixos níveis sanitários e de higiene; falta de qualificação profissional; insegurança social, entre outros”*³⁹.

Confirmando esta projeção sob a responsabilidade, Luís Cláudio de OLIVEIRA atenta para a elevação significativa dos obstáculos ao regular cumprimento dos deveres dos pais. Segundo ele, fundam-se estas elevações, em regra, na fraca ou nenhuma instrução dos genitores, baixo nível profissional, senão por estarem submetidos ao “ostracismo social” proveniente de fatores como desemprego, criminalidade e até escasso desenvolvimento mental (artigo 22 do ECA)⁴⁰.

Pode-se dizer que a sociedade incentiva a delinqüência juvenil por meio da revolução industrial, sociedade de consumo e das profundas transformações sociais, resultando nas grandes metrópoles num quadro de descontrolo dos menores e de crianças marginalizadas, geralmente pertencentes estas à camada mais pobre da população⁴¹.

A soma de todos os fatores contemporâneos produz um comportamento social que gera as tensões de sociedade moderna e as angústias que afligem os genitores no exercício do poder parental.

Refletindo estas agressões, o homem moderno reage com a não procriação, fundamentada em motivos como a incompatibilidade da vida familiar com a vida social dos centros urbanos e a restrição à educação pessoal que fica a cargo de terceiros

medida per capita do país, de US\$ 5.370” (COSTA, Cecília; HORTA, Ana Magdalena. Brasil no topo da desigualdade. **O Globo**. Rio de Janeiro, 16 jul. 1996. p. 17).

³⁹ MARQUES, João Benedito de Azevedo. **Marginalização** : menor e criminalidade. São Paulo : MacGraw-Hill, 1976. p. 11.

⁴⁰ OLIVEIRA, Luís Cláudio de. Comentários ao artigo 22. *In*: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emílio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 94.

⁴¹ MARQUES, João Benedito de Azevedo. *Op. cit.*, p. 10.

(escola, amizades, televisão etc)⁴².

Note-se que o legislador pátrio se inclinou para o fator econômico-social no Estatuto da Criança e do Adolescente, mantendo os deveres pertinentes ao poder parental ainda em caso de pobreza, inclusive negando a miséria material como meio de descumprimento dos deveres do artigo 395 do Código Civil e artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴³.

Confirmando todos estes valores, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso no qual ficou patente a responsabilidade do pai pelo ato do filho menor que jogou um cigarro de palha em determinado local, à margem de uma estrada, dando origem a incêndio de grandes proporções que causou prejuízo ao proprietário das terras atingidas, isentou o pai de responsabilidade em nome do princípio da equidade, em que pese esta posição tenha obrigado ao relator contrariar o fato ilícito que decorreu manifestamente da conduta do menor⁴⁴.

⁴² BRISSAC, Chantal; PROPATO, Valéria. A opção de não ter filhos. *Isto É*. n. 1.384, 10 abr. 1996, p. 36-8.

⁴³ ANDRADE, Roberto de Oliveira. *Op. cit.*, p. 98.

⁴⁴ *“Demonstrado que o pai não concorre com culpa, pela prática do ato ilícito do filho menor que vive em sua companhia, não deve ser responsabilizado civilmente.*

[...] Trata-se de ação de indenização proposta pelo autor contra os réus [...]. Pretende serem ambos civil e solidariamente responsáveis pelos prejuízos sofridos com incêndio em invernada de sua fazenda. Um deles, por haver jogado toco de cigarro de papel aceso em relva à margem da estrada, sobre vegetação em estado de fácil combustão, bastante seca devido a falta de chuva. O outro por ser pai do filho negligente, menor de idade, cuja culpa se presume, por não ter evitado que este, sob o seu poder e em sua companhia, mantivesse o vício do fumo. O MM. Juiz lhe deu razão, entendendo provada a autoria do ato ilícito, ao contrário do pretendido pelos réus, afirmando, assim, a responsabilidade do filho por tê-lo praticado e do pai por não ter impedido a aquisição do hábito mau, que foi a sua causa. Rejeitou, ainda, a defesa fundada no fortuito do fato, por se tratar de ato mecânico, bem como na culpa do autor, por não ter feito aceiro e posto fogo de encontro ao que vinha em direção da sua propriedade, bem como na inexistência de culpa do pai por permitir o filho fumar. Por fim, e em consequência negou provimento à reconvenção dos réus, que pretendiam ser a ação mero ato emulativo do autor, como dano para eles.

Inconformados, os réus apelaram e na instância superior divergiram os Srs. Desembargadores Relator e Revisor. O primeiro confirmava a sentença, por entender provado o ato ilícito do menor, e responsável o pai, por não tê-lo educado convenientemente, deixando de ensinar que se não deve jogar nos campos secos agentes inflamáveis; enquanto o segundo entendeu se tratar de ato de função vegetativa, de caráter mecânico, estranho ao controle da consciência, aceitando a tese do fortuito, e, ademais, ponderou que havia culpa do autor, em não tomar as cautelas para evitar o incêndio, bem como para combatê-lo.

Dos elementos constantes dos autos, bem ponderadas as declarações das testemunhas e o depoimento das partes se chega à conclusão de que um dos réus jogou, realmente, o seu cigarro de papel aceso na relva do caminho, o que pôs em combustão o capim, muito seco em razão do estio, e, por conseguinte, facilmente inflamável. Esse fato está aceito por ambos os julgadores. Entende, entretanto, o Sr. Desembargador Revisor que tal fato não pode ser considerado, em abstrato, como ato ilícito, se fruto

Em outro exemplo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em ação regressiva de companhia seguradora, relevando o caráter social da responsabilidade dos genitores, afastou a presunção para exigir a prova de culpa dos genitores, novamente ratificando a aplicação comedida da responsabilidade⁴⁵.

de ação mecânica, vegetativa, ou melhor, como atividade negligente, e nem na espécie, ante a imprevisibilidade de qualquer evento danoso, apesar de tratar-se de vegetação seca sob ação de intenso calor, onde o desgaste do caminho e a poeira da estrada despreocupavam a atenção do fumante. Já o Sr. Desembargador-Relator chegou a conclusão diferente, taxando de imprudente o comportamento de um dos réus, ao jogar cigarro aceso em pastagens secas pelo estio, principalmente cigarro de papel.

*[...] Não é possível resolver-se, por isso, a questão da responsabilidade presumida dos pais, por um princípio geral e abstrato, sem se atender ao exame de cada caso, à espécie em foco, aos elementos que a circundam, mesmo ao princípio de equidade, amenizando o rigor da tese face à hipótese. Ensina Aguiar Dias: 'a medida de atenção e vigilância depende do caráter, da educação, da idade, das faculdades da pessoa submissa à autoridade familiar, dos costumes locais e de várias outras influências. Nessa ordem de idéias, crescia de importância o fato da progressiva liberdade dos jovens, tornando cada dia mais difícil a vigilância... É difícil, mesmo, sem recorrer à equidade, julgar certos casos. Um critério rígido, nesses casos, só pode prejudicar as possibilidades de boa solução'. A seguir, em outra passagem, insiste sobre as mesmas considerações: 'a vigilância dos pais, se bem que contínua, geral e permanente, está sujeita às possibilidades humanas. De forma que a presunção contra eles não pode desconhecer o fato de que, exatamente por ser tão amplamente exigida, se torna mais e mais difícil. Não deve, pois, subordinar-se a critério absoluto e abstrato, que signifique, por exemplo, a vigilância de todos os instantes, com desamparo das atividades e deveres do chefe de família, como não pode deixar de atender às circunstâncias sociais e econômicas da família. Uma vigilância tal, que importasse na proibição de qualquer outra atividade, seria contraditória com o próprio dever de sustentar a prole, principal obrigação do pai. Quando se cogita, pois, dos motivos que o pai pode invocar, como capazes de o exonerar de responsabilidade, não se deve perder de vista a possibilidade de, juridicamente, haver o pai perdido o poder de direção sobre o menor' (cf. 'Da Responsabilidade Civil', vol. II, págs. 524/525, nota 909 e pág. 530, 3a. ed., ano 1954). Assim, fica a critério do juiz apreciar o fato, medir a possibilidade de vigilância do pai, ponderar a sua situação como educador, enfim ver até onde se pode presumir a sua responsabilidade, que se esvai ante a prova da sua fiscalização, sem se perder a qualquer princípio rígido, pesando as circunstâncias, a posição social, política e econômica do pai e do filho, o local onde o ato ilícito foi praticado, considerando o próprio evento. A propósito, leciona Pontes de Miranda: 'Nos casos do art. 1.521, ns. I e II, deve o juiz deixar que as partes façam a mais farta prova que seja possível. Às partes cumpre, por seus advogados, não se fiarem muito no valor das presunções. Está-se em assunto tão movediço, que a cada momento o ônus da prova se desloca. No vai e vem, melhor ficará o que mais seguro deixar a prova contra o adversário. Só o discrimen dos casos em que se há de atender à presunção ou em que não se deverá levá-la em conta constitui sério perigo para o autor e para o réu... O juiz soberanamente apreciará as circunstâncias' (cf. 'Manual do Código Civil Brasileiro', vol. XVI, PÁG. 291, ANO 1927). Avaliando esses pressupostos, e face às considerações expendidas, tem-se como excludente a responsabilidade do réu, pai do então menor, pelo ato ilícito do seu filho, o outro réu. Dá-se, portanto, provimento em parte ao recurso dos réus". (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 79.164. Relator Designado O. A. Bandeira de Mello, 03 fev. 1962. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 276, p. 211-6, out. 1958).*

⁴⁵ *"Não pode a seguradora reembolsar-se dos prejuízos, presumindo culpa, do fato puro e simples do acidente, pois lhe compete prova que o segurado não concorreu para o evento com a sua parcela decisiva de culpa e que o veículo abalroado não foi ter às mãos do menor, por negligência ou liberalidade do seu proprietário.*

[...]

Assim, provada a culpa do menor ou do preposto, emerge a presunção 'juris tantum' da responsabilidade dos pais e preponentes, e, para ilidir-lhes a culpa, há que resultar comprovada a culpa do prejudicado. Esse modo de encarar o ônus da prova tem sido consagrado pela jurisprudência, sempre

Não resta firme, desta sorte, a tese tradicional de que a exoneração da responsabilidade dos pais depende de eles elidirem pura e simplesmente a presunção de culpa *in vigilando* ou de culpa *in educando*.

Por certo que não só existem outros elementos a serem considerados desde a elaboração de tais noções, como, de igual forma, a sociedade contemporânea impõe novos campos de aferição da responsabilidade, ainda mais em países como o Brasil, onde a exagerada concentração de renda⁴⁶ não permite uma apreciação simplista dos meios excludentes.

Todo esse conjunto de alterações produziu a maior dificuldade dos genitores em atender os deveres decorrentes do poder parental e de guarda, especialmente a vigilância e a educação.

que as trata de ação promovida pela lesado, tendo em vista 'a exigência da ordem social', de estabelecer responsabilidades maiores, a medida que os riscos crescem, também na mesma proporção, objetivando conseguir o equilíbrio aproximado entre a imprudência dos motoristas e a dos transeuntes, de modo a garantir a efetiva reparação dos danos, oriundos da culpa do filho menor, empregado etc., e por presunção, também do pai, empregado etc.

No caso 'sub judice', cuida-se, todavia, de analisar a questão sobre outro enfoque, por isso que se trata de ação regressiva ajuizada pela seguradora sub-rogada, contra o pretense culpado do sinistro, visando reembolsar-se dos prejuízos pagos à vítima, seu segurado.

Pretende a seguradora - tal como ocorre quando o lesado aciona o responsável pelo acidente diretamente - beneficiar-se da presunção da responsabilidade, que milita contra o pai pelo ato culposo praticado pelo filho menor.

O que se lê, entretanto, nos repertório de jurisprudência, [...] é que: 'predomina no nosso Direito Civil a teoria da culpa, como se deduz do art. 159 do CC. Para haver responsabilidade civil, é necessário que se prove a culpa do agente. Por força do disposto no n. III do art. 1.521 do CC, são responsáveis pela reparação do dano [...].

*Do exposto conclui-se que à autora cabia o ônus de provar que para o evento não concorreu culpa do prejudicado, no caso, seu segurado, não bastando unicamente o registro da ocorrência policial, conforme se infere do precedente julgado pelo Tribunal de Justiça da Guanabara: [...]' (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 7.597, Relator Ivo Sell, 15 jul. 1971. **Revista dos Tribunais**, v. 435, p. 166-8, jan. 1972).*

⁴⁶ A reversão dessa situação negativa que envolve a família e a sociedade brasileira é apresentada pelo UNICEF, segundo o qual o planejamento familiar é capaz de melhorar a qualidade de vida das mães, do cuidado com as crianças, da vida familiar e da educação. Enfim, o controle da natalidade seria o meio de assegurar a melhoria de aspectos significantes como o aumento do padrão de vida e a diminuição das tensões sociais (UNICEF. **Situação mundial da infância - 1992**. Brasília : s.d., 1992).

8.4 RESPONSABILIDADE PESSOAL DO MENOR

A responsabilidade civil dos genitores possui outro meio exoneratório que consiste na responsabilidade pessoal do menor, meio esse indireto e que não se concentra nos elementos tradicionais dos fundamentos e condições.

A responsabilidade pessoal do menor proveio inicialmente da regra ainda tímida do Código Civil que estabeleceu a solidariedade para os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos de idade. Aperfeiçoando a disposição do Código, o Anteprojeto do Código Civil revisto, de 1973, o qual não chegou a ser promulgado, previu no artigo 970 a responsabilidade subsidiária do incapaz⁴⁷.

A responsabilidade pessoal foi admitida, no entanto, só com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, substituindo o Código de Menores de 1979, tratou o menor como sujeito de direito, corolário do direito fundamental de liberdade e igualdade, além de lhe conferir proteção especial, enfim, reconhecendo em favor deles as garantias fundamentais.

Como diz a doutrina especializada:

O estatuto dá à criança e ao adolescente um novo espaço jurídico: de objeto, o menor de 18 anos passa a sujeito, mesmo se ele é ainda um ser em fase de desenvolvimento, sujeito de direitos humanos e sociais. Detentor de novos direitos, o menor encontra na lei novas formas de proteção. Essa proteção já não é mais obrigação exclusiva da família. É um dever social. Todos devem velar pela dignidade e proteção da criança e do adolescente.⁴⁸

A doutrina nacional considera ainda que *“na ordem democrática e no estado de direito, garantias fundamentais são asseguradas a todos os indivíduos, que não perdem jamais sua condição de sujeitos de direito. A criança e o adolescente, como pessoa,*

⁴⁷ Artigo 970: *“O incapaz responde pelos prejuízo que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de o fazer ou não dispuserem de meios suficientes”.*

⁴⁸ LAHALLE, Annina. Comentários ao artigo 5º. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emilio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 29.

têm direitos fundamentais".⁴⁹

A subordinação do menor à autoridade dos pais fez com que, no Direito clássico, fosse admitida a submissão do filho, reduzindo as funções deste em virtude da autoridade daqueles⁵⁰.

Defendeu-se, opondo-se a tal concepção, que o princípio constitucional de igualdade entre todas as pessoas tem a virtude de diminuir a desigualdade, notadamente se tomada no sentido material, auxiliando na tarefa de definir os interesses preponderantes no tratamento do menor, para minimizar a desigualdade substancial que atinge o incapaz⁵¹.

Refuta-se, assim, a posição da doutrina clássica que tinha o menor como pessoa sem consciência de seus direitos e que negava a ele a condição de sujeito de direito.

Dentre os principais direitos atribuídos aos menores por esta nova condição, destaca-se o de liberdade que, inevitavelmente, se confronta com as atribuições dos genitores no exercício do poder parental. A solução para contornar este antagonismo é fornecida pela doutrina italiana, apontando para o *"equilíbrio entre o direito fundamental do menor de liberdade e a proteção da unidade familiar"*.⁵²

Em virtude do confronto entre a liberdade do menor e a responsabilidade dos pais dele, o Estatuto previu, utilizando-se das condutas descritas pelo direito penal, em seus tipos penais, para designá-las como atos infracionais, se o ato fosse praticado por

⁴⁹ TRINDADE, Jorge. **Delinquência juvenil** : uma abordagem transdisciplinar. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1993. p. 67. Segundo Tânia da Silva Pereira, *"...baseia-se na concepção de que 'crianças e adolescentes são sujeitos de direitos universalmente conhecidos, não apenas de direitos comuns aos adultos, mas, além desses, de direitos pessoais provenientes de sua condição de pessoas em desenvolvimento que devem ser assegurados pela família, Estado e sociedade. Inclui-se nesse desenvolvimento a preocupação por todos os aspectos - seja físico, moral, espiritual, social etc. - que possam convergir para o estabelecimento de condições de liberdade e dignidade, e que garantam a satisfação de todas as suas necessidades, vale dizer, que possam promover a proteção integral de crianças e adolescentes'* (Felício PONTES JR., 1992, pp. 24/25).

[...] *Crianças e adolescentes não são mais pessoas capitis diminutiae, mas sujeitos de direitos plenos: eles têm, inclusive, mais direitos do que outros cidadãos, isto é, eles têm direitos específicos* (Paolo Verelone, 1992, p. 18)" (PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente** : uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. p. 59).

⁵⁰ MARIANO ARAMBURO, D. **La capacidad civil**. 2. ed. Madrid : Reus, 1931. p. 171.

⁵¹ CARBONNIER, op. cit., p. 301.

⁵² CIAN, Giorgio; OPPO, Giorgio. Op. cit., p. 292.

adolescente, o mesmo sujeita-se à pena, denominada de medida sócio-educativa.

O menor comete o ato infracional conceituado pelo artigo 103 do Estatuto⁵³, em virtude do qual são aplicáveis as medidas (penas) do artigo 112 do mesmo diploma legal⁵⁴, inclusive a reparação do dano regulamentada pelo artigo 116 do Estatuto⁵⁵.

Levando-se em consideração que a “pena aplicada” ao infrator é designada como medida sócio-educativa, inegável que o Estatuto concebeu a obrigação do menor infrator indenizar o ofendido com uma sanção de caráter educativo⁵⁶.

Discute a doutrina, porém, sobre a natureza jurídica da obrigação do adolescente indenizar a vítima, ou seja, se ela integra a responsabilidade civil ou não.

A corrente contrária à natureza de responsabilidade civil tem o principal defensor em SANTOS NETO, quando ele trata do artigo 116 do Estatuto: *“A previsão nele contida corresponde a medida reeducativa, e não se pode dizer que configure regra de responsabilidade civil. Tanto que, ante a manifesta impossibilidade, poderá ser imposta outra medida em substituição. Outrossim, a hipótese em tela só terá lugar se o menor praticar crime ou contravenção, pois assim dispõe o art. 103 do ECA que define o ato infracional”*.⁵⁷

Também, contrariamente à ampliação da responsabilidade pelos danos causados pelo adolescente e, inclusive, sustentando a sua inconstitucionalidade, Paulo Lúcio NOGUEIRA alega: a) que ao Juiz de Menores não cabe impor a composição do dano obrigatoriamente à vítima, justificando no fato que nem mesmo o adulto que fosse condenado criminalmente teria a indenização imposta pelo mesmo juízo e, além disso,

⁵³ Art. 103. *“Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”*.

⁵⁴ Artigo 112 do ECA: *“Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: [...] II - obrigação de reparar o dano”*.

⁵⁵ Art. 116. *“Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou por outra forma, compense o prejuízo da vítima.*

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

⁵⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito...**, p. 12.

⁵⁷ SANTOS NETO, op. cit., p. 185.

que somente à vítima caberia pleitear a indenização; b) que a culpa necessária para a responsabilidade civil é extraída da apuração do ato infracional. Todos estes argumentos, segundo o autor, não impediriam a tentativa, no próprio juízo criminal, de composição amigável⁵⁸.

Os autores contrários à responsabilidade direta dos menores sustentam, ainda, sob a ótica subjetiva do tema, a equiparação do ato do infante a caso fortuito ou força maior, por lhe faltar discernimento para realizar um ato culposo⁵⁹.

Manifestamente equivocada, entretanto, a negação da natureza jurídica de responsabilidade civil ao artigo 116 do Estatuto. O fato de depender a reparação do dano do cometimento de um “crime ou contravenção”, não transforma a indenização em simples medida sócio-educativa.

Na verdade, a indenização do Estatuto contém esta feição, mas não somente, podendo-se incluir a compensatória e a punitiva⁶⁰. A limitação do dever de indenizar dos adolescentes o ato infracional (crime ou contravenção) não é hábil para eliminar a natureza indenizatória ou torná-la exclusivamente sócio-educativa.

Além disso, de acordo com a posição de SANTOS NETO, a reparação do dano operada por força do artigo 116 do ECA elimina a indenização na esfera civil⁶¹. Ora, se elimina, não é só uma medida sócio-educativa, e sim uma indenização que,

⁵⁸ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo : Saraiva, 1991. p. 149.

⁵⁹ GÓMEZ CALLE, op. cit., p. 29

⁶⁰ Esclarece Olympio Sotto MAIOR que “as técnicas educativas voltadas à autocrítica e à reparação do dano se mostram muito mais eficazes, vez que produzem no sujeito infrator a possibilidade de reafirmação dos valores ético-sociais, tratando-se-o como alguém que pode se transformar, que é capaz de aprender moralmente e de se modificar (as técnicas de conteúdo punitivo, segundo as teorias da aprendizagem, eliminam o comportamento somente no instante em que a punição ocorre, reaparecendo porém, e com toda a força, tão logo os controles adversivos sejam retirados)” (MAIOR, Olympio Sotto. Comentários ao artigo 112. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emílio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 341-2).

Segundo a doutrina, a medida sócio educativa melhorou a situação, favorecendo “ainda mais para a vítima a recuperação das perdas e propiciando-se que, de imediato, o adolescente perceba os efeitos sociais e econômicos dos seus atos” (LIMA, Miguel Moacyr Alves. Comentários ao artigo 116. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emílio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 354).

⁶¹ SANTOS NETO, op. cit., p. 185.

sobretudo, consiste justamente no objeto da responsabilidade civil, qual seja, compensar o patrimônio do prejudicado.

Não se justifica, ainda, a negação da natureza de responsabilidade civil para a obrigação de reparar o dano imposta pelo Estatuto ao adolescente, pois, em que pese a culpa ser classificada como elemento subjetivo, em verdade ela é aferida objetivamente, mediante a apreciação em abstrato da conduta reprovável.

O impasse do Direito Civil clássico para a responsabilização direta do adolescente era a maneira pela qual ele indenizaria a vítima, uma vez que normalmente o mesmo não dispunha de patrimônio próprio ou sequer administrava o que possuía. A resposta encontrada pelo legislador ordinário e inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente foi aceitar a indenização mediante a restituição da coisa, seja pelo pagamento do seu valor equivalente ou qualquer outra compensação⁶².

Argumenta-se contra a não responsabilização da teoria clássica o fato de ela considerar a sua incapacidade como uma doença ao invés de etapa normal do desenvolvimento, contribuindo para a *“favorecer a submissão e a passividade, retirando do indivíduo a oportunidade de crescer como pessoa”*. Partindo do princípio de que a responsabilidade do menor distingue-se da capacidade e imputabilidade do adulto, defende-se que ela *“deve servir para estimular o processo de socialização e, nesse sentido, aumenta a responsabilidade dos adultos, das instituições e da sociedade”*.⁶³

Não fossem esses fatores, ainda há a tendência contemporânea dos ordenamentos jurídicos de responsabilizar diretamente os incapazes, mediante o prisma da equidade⁶⁴.

⁶² LIMA, Miguel Moacyr Alves. Op. cit., p. 352. Informa ainda o autor que havendo possibilidade, e se fosse o caso, deveria ser tentada a composição do dano causado pelo menor em audiência com a sua presença (Ibid., p. 353).

A prestação de serviços para compensar o dano só terá validade se o adolescente concordar [artigo 112, § 2º] (LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília : IBPS, 1991. p. 58).

⁶³ TRINDADE, op. cit., p. 70.

⁶⁴ Segundo esclarece José de Aguiar DIAS, equidade na responsabilidade civil significa valorar a situação econômica das partes (DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994. p. 101).

A título de exemplo, transcreve-se o artigo 489 do Código Civil Português:

“1. Se o acto causador dos danos tiver sido praticado por pessoa não imputável, pode esta, por motivo

Destarte, embora incluída a “obrigação de reparar o dano” como medida sócio-educativa, visando precipuamente desenvolver o senso de responsabilidade no adolescente⁶⁵, terá ela a natureza de indenização.

Vê-se, então, que a evolução da responsabilidade dos pais atribuiu ao próprio adolescente um dever de indenizar verdadeiro, diferente daquele previsto no Código Civil sob a forma de solidariedade dos maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um anos de idade.

A conseqüência desta modificação na responsabilidade do menor foi exonerar os pais por via indireta, pois, recebendo a vítima a indenização proveniente de medida sócio-educativa, não terá direito a reclamar outra indenização, pois caso contrário estaria se enriquecendo indevidamente. Condiciona-se tal efeito pela satisfação plenamente dos interesses com a indenização arcada pelo menor⁶⁶.

de equidade, ser condenada a repará-los, total ou parcialmente, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incumbe a sua vigilância.

2. A indenização será, todavia, calculada por forma a não privar a pessoa não imputável dos alimentos necessários, conforme o seu estado e condição, nem dos meios indispensável para cumprir os seus deveres legais de alimentos”.

⁶⁵ Em diligência ao Juizado da Infância e Juventude de Curitiba, no Centro integrado de atendimento ao adolescente (CIAADI), constatou-se a eficácia da previsão legal, condenando-se em alguns casos a indenização como medida sócio-educativa, além de ter significativa importância para a formação do menor infrator a indenização, uma vez que tem sido imposta em média, dentro de um mês após o evento, possibilitando a ele medir as conseqüências dos seus atos. Isto sem falar na conseqüente satisfação do interesse do lesado com a indenização sem a necessidade de acionar judicialmente o ofensor menor.

⁶⁶ SANTOS NETO, op. cit., p. 185.

9 CONCLUSÕES

A proposta inicial do estudo da responsabilidade civil dos genitores recepcionou o objeto “Direito”, enquanto ramo do saber, como um construído, abandonando a noção equivocada que o concebe como um “dado” ou dogma.

Particularmente no Direito Civil, mencionou-se a corrente doutrinária que diagnostica nele um fenômeno de “crise”, como se uma seara do conhecimento jurídico pudesse passar por um momento perigoso, uma fase difícil, de incertezas e dúvidas.

Depurando o que se chamou de “crise do Direito Civil”, identificou-se um momento de transição, de alteração dos conceitos clássicos, passível de ser atribuído a ele a designação de “transformação do Direito”.

Munido desses pressupostos, pretendeu-se analisar a responsabilidade civil dos genitores, voltando-se a atenção para as transformações operadas nas concepções clássicas, oriundas do século XIX.

Os passos da investigação foram dispostos de forma tal a possibilitar a concretização desse intuito inicial. Ao capítulo 2 coube a tarefa de trazer as premissas básicas ao aprofundamento do tema.

Destinou-se o capítulo 3 ao exame da matéria desde a antigüidade até sua formulação no Direito clássico, optando pela culpa presumida do pai e, na morte deste, da mãe, pelos atos danosos dos filhos menores. Complementando esse capítulo, trouxe-se parcela do Direito Comparado ratificando os postulados básicos.

A partir do capítulo 4, desenvolveu-se o estudo dos diversos temas pertinentes à responsabilidade dos genitores, tudo na pretensão de fazê-lo sob a ótica das “transformações por ele sofridas”. Começando pela análise dos fundamentos comuns aplicados no vínculo indenizatório dos pais, foram vistos os três modelos de responsabilidade civil (culpa, responsabilidade objetiva e garantia), os quais levaram à indefinição da presunção de culpa, fixando-se *a posteriori* pela presunção.

A superação relativa da culpa na forma presumida adveio da tese da responsabilidade objetiva, na qual abdica-se da culpa para que os genitores respondam pelos atos danosos dos filhos menores.

A evolução dessa corrente adveio da atribuição da qualidade de garante aos genitores, dispensando a culpa presumida e a responsabilidade objetiva para fundar-se na garantia. As modificações dos fundamentos comuns, todavia, não resultam na aniquilação das teses de cada um, coexistindo os três modelos pelo menos até que haja uma definição pela Legislação no sentido de não se firmar na culpa presumida.

Dos fundamentos comuns passou-se aos específicos, constatando-se a mudança do “pátrio poder”, visto eminentemente como poder, para poder parental, no qual se destaca a natureza de função. Em consequência, os deveres incluídos no poder parental devem ser apreendidos nessa perspectiva funcional, justificando ser a responsabilização dos genitores pela conduta do menor uma projeção do exercício do referido poder.

A guarda, mudando de dever vinculado ao poder parental para adquirir autonomia, presta-se à regularização da posse do estado de filho. Em decorrência, admite-se a responsabilidade do genitor que estiver no seu exercício pela conferência a ela de maior valor, justificando a responsabilização de terceiros como se genitores fossem pelo reconhecimento da posse do estado de filho.

Os deveres de vigilância e educação, alterados no sentido de não serem meros deveres, possibilitam o agravamento da responsabilidade dos genitores diante da ampliação dos seus conteúdos, compensando-se pela análise dos fatos sociais envolvidos na questão.

Prosseguindo o estudo, o capítulo 6 tratou das condições para o surgimento da responsabilidade, nas quais novamente vingou a pretensão de trazer a tona as transformações.

Quanto à condição da menoridade, foi diminuída a responsabilidade dos menores mediante a alteração dos patamares clássicos (inimputabilidade absoluta até dezesseis anos e relativa sob a forma solidária de dezesseis até vinte e um anos de idade), diminuindo-se as idades limítrofes no Estatuto da Criança e do Adolescente (criança

até doze anos e adolescente de doze a dezoito anos de idade). Em complementação, o Estatuto da Criança e do Adolescente implantou a obrigação pessoal de o adolescente indenizar, fazendo-o por meio da aplicação de medida sócio-educativa pelo cometimento de ato infracional.

A condição da coabitação, concebida como necessária para a verossimilhança da presunção de culpa, foi alterada para não depender mais estritamente da análise do caráter legítimo da não convivência, permitindo a sua dispensa com a finalidade de fazer os genitores responderem civilmente.

A culpa do menor, requisito não ventilado na teoria clássica, foi recepcionada pela doutrina e pela jurisprudência, no sentido de desobrigar os genitores a indenizar terceiros se ela não ficar caracterizada.

As demais condições da obrigação de indenizar interferem na responsabilidade dos genitores para considerar a conduta deles em regra omissiva pelo não cumprimento dos deveres a eles pertinentes. O dano, reconhecendo nele o importante papel de delimitar o fundamento comum a ser aplicado, deve ser adotado de acordo com o caso que estiver em apreço. Admite-se a necessidade de presumir o nexo da causalidade para evitar que a vítima não seja indenizada, resultante da dificuldade que ela teria para caracterizá-lo entre a conduta dos genitores e o dano causado pelo filho. Acata-se a ilicitude como condição, de modo a afastar a responsabilidade dos pais sem que haja ofensa de direito de terceiro decorrente da lei ou do contrato pela produção do dano.

Continuando a investigação, procedeu-se no capítulo 7 à análise das repercussões subjetivas da responsabilidade dos genitores.

Durante a convivência dos genitores, houve alteração quanto à concepção da família exclusivamente matrimonial para fazer responderem os pais integrantes de união estável. Na ruptura da convivência, responsabilizam-se ambos os genitores se separados de fato ao invés de judicial ou divorciados, salvo se entre eles houver união estável e não matrimônio, quando então a simples separação de fato basta para permitir concentrar a responsabilidade só naquele que detiver a guarda.

Admitiu-se a cumulação da responsabilidade dos pais com a responsabilidade de

terceiros, principalmente no caso do proprietário da coisa utilizada pelo menor na produção do dano. Por outro lado, foi acatada a cumulação da responsabilidade dos genitores com a responsabilidade deles próprios em outra qualidade, diante da manifesta vantagem para a vítima pela facilidade de obter a indenização, por um fundamento ou por outro, ampliando, também, o campo para o magistrado proferir a sua decisão.

No que se refere à extensão da responsabilidade a terceiros não genitores, viu-se que, da absoluta impossibilidade por não serem estes terceiros genitores, pode-se relativamente ser aplicada.

Encerrando o estudo, foram examinados no capítulo 8 os meios exoneratórios da responsabilidade, aplicando a ampliação deles para não considerar somente os fundamentos (genéricos e específicos) e as condições, podendo-se incluir a influência dos valores envolvidos na questão e a responsabilidade do próprio menor.

Vê-se, portanto, que a responsabilidade dos genitores não passa por “crise”, procedendo-se, isto sim, a uma série de transformações.

Por esses motivos irrefutável que a responsabilidade dos genitores atravessa um momento de transição, no qual se caminha da teoria clássica fundada na culpa para a teoria objetiva ou por garantia, além de ter sido iniciada a responsabilidade isolada do próprio menor, conquanto disfarçada e destinada à punição do ofensor por ato infracional mediante a imposição de medida sócio-educativa.

Essas mudanças da responsabilidade dos genitores, no entanto, acatam com restrições a tendência objetivadora da responsabilidade civil em geral, seja pela atribuição do dever de indenizar ao adolescente ofensor, seja por causa dos inúmeros obstáculos contemporâneos de os pais exercerem com perfeição os seus deveres.

Quanto ao infante, de um lado, justifica-se a responsabilidade objetiva naturalmente diante do pouco desenvolvimento deles, obrigando-se os genitores a indenizarem independente de culpa. Por outro lado, justamente por haver uma conjuntura atual contrária ao pleno exercício dos poderes parentais, influenciando sobremaneira a formação do filho, é compreensível a manutenção do fundamento da culpa presumida.

No que tange ao adolescente, natural que ele passe a responder em nome próprio pela conseqüência de seus atos na perspectiva civil, deixando de se vincular ao cometimento de ato infracional e aplicação de medida sócio-educativa.

Justifica-se a inclinação para o reconhecimento expresso da natureza indenizatória da responsabilidade do adolescente na contínua antecipação fática do ato de proceder com liberdade, inclusive pela atribuição desse direito fundamental e pela qualidade de sujeito de direito, aplicando-se o binômio liberdade-responsabilidade.

Contudo, a ampliação da responsabilidade do menor adolescente não veda a responsabilidade dos genitores, nomeadamente se levada em consideração a preferência do ordenamento pela indenização da vítima.

Comprovadas, destarte, as transformações operadas na responsabilidade dos genitores, indispensável observar a correta postura dos tribunais, no sentido de valorar todos os fatores envolvidos na responsabilidade dos genitores, afastando-se da aplicação restrita da lei ou da teoria.

Aceitam os tribunais o princípio de hermenêutica segundo o qual *“cumpre ao magistrado ter em mira um ideal superior de justiça, condicionado por todos os elementos que informam a vida do homem em comunidade”*.¹

O instituto da responsabilidade civil dos genitores converte-se em uma *“teoria de distribuição das conseqüências econômicas derivadas de um ato danoso e a idéia de culpa passa a ser tão só um dos critérios, entre os muitos, que poderão servir de base para levar a cabo uma distribuição de maneira justa”*.²

A responsabilidade civil dos genitores, em última análise, apresenta-se como instituto em manifesta mutação, dentro do qual devem ser apreciados os diversos dados disponíveis acerca do fato e dos valores sócio-econômicos envolvidos.

¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1980. p. 158.

² BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen Lopez. **La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos**. Madrid : Tecnos, 1988. p. 190. No original: *“[.]y la teoría de la responsabilidad se convierte en una simple teoría de distribución de las consecuencias económicas derivadas de un hecho dañoso y la idea de culpa pasa a ser tan sólo uno de los criterios, entre otros muchos, que habrán de servir de base para llevar a cabo una distribución de manera justa”* (Ibid., p. 190).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 ACUÑA ANZORENA, Arturo. **Estudios sobre la responsabilidad civil**. La Plata : Platense, 1963.
- 2 AGUIAR, Henoch D. **Hechos y actos jurídicos : Actos ilícitos - responsabilidad civil**. 2. ed. Buenos Aires : Argentina, 1950.
- 3 ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v. I. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- 4 ALVIM, Pedro. **Responsabilidade civil e seguro obrigatório**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1972.
- 5 AMARAL, Francisco. Individualismo e univervalismo no Direito Civil brasileiro. Permanência ou superação de paradigmas romanos? **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 71, p. 68-87, abr./jun. 1992.
- 6 _____. Racionalidade e sistema no Direito Civil brasileiro. **O Direito**. Coimbra, ano 126, p. 63-81, 1994.
- 7 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A evolução do Direito Civil brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 24, p. 74-89, abr./jun. 1983.
- 8 ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria geral da relação jurídica**. v. I. Coimbra : Almedina, 1966.
- 9 ANDRADE, Roberto de Oliveira. Comentário ao artigo 22. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emilio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 92-3.
- 10 ANGULO LAGUNA, Diego. **Condición jurídica de los hijos ilegítimos**. 2. ed. Madrid: Reus, 1906.

- 11 ANIBAL ALTERINI, Atilio . **Responsabilidad Civil**. 2. ed. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1969.
- 12 ARGENTINA. **Codigo Civil de la Republica Argentina**. Buenos Aires : AZ, 1984.
- 13 ARIAS, José. **Derecho de familia**. 2. ed. Buenos Aires : Guillermo Kraft, 1952.
- 14 ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Porto Alegre : Fabris, 1991.
- 15 ASCENSÃO, José de Oliveira; AQUINO, Cleide; CARVALHO, Marcelino Leal Barroso et al. Pesquisa de um direito vivo. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, n. 30, p. 82-133. out./dez. 1984.
- 16 AZARA, Antonio. **Diritto delle persone e diritto di famiglia**. Roma : Foro Italiano, 1935.
- 17 AZEREDO, G. de Carvalho. **Da indenização por ato ilícito**. Rio de Janeiro : A. Coelho Branco, 1945.
- 18 AZEVEDO, Antonio Junqueira. O direito civil tende a desaparecer? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 472, p. 15-21, fev. 1975.
- 19 _____. Responsabilidade civil dos pais. In: CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 59-90.
- 20 BARASSI, Lodovico. **La famiglia legittima**. 3. ed. Milano : A. Giuffré, 1947.
- 21 BARREIRA, Wilson. Comentários ao artigo 116. In: SIQUEIRA, Liborni. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro : Forense, 1991. p. 91-3.
- 22 BAVIERA, Ignazio. **Diritto minorile**. Milano : A. Giuffré, 1957.
- 23 BECKER, Daniel. Adolescência. In: Criança, Adolescência e Menor. **Coleção primeiros passos**. São Paulo : Círculo do Livro, s.d. p. 33-93

- 24 BECKER, Maria Josefina. Comentários ao artigo 33. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emílio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 129-30.
- 25 BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen Lopez. **La responsabilidad civil de los padres por los hechos de sus hijos**. Madrid : Tecnos, 1988.
- 26 BÉNABENT, Alain. **Droit Civil : La famille**. Paris : Techniques, 198-.
- 27 BENETI, Sidnei Agostinho. Os direitos de guarda, visita e fiscalização dos filhos ante a separação dos pais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 622, p. 37-45, ago. 1987.
- 28 BENUCCI, Eduardo Bonasi. **La responsabilidad civil**. Barcelona : José M^a Bosch, 1958.
- 29 BETTI, Emilio. **Teoria generale delle obbligazioni**. v. III. Milano : A. Giuffré, 1954.
- 30 BEUTLER JUNIOR, Breno. Falando sobre guarda. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 62, p. 208-212, nov. 1994.
- 31 BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito da Família**. 8. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 19--
- 32 _____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. II. Edição Histórica. Rio de Janeiro : Rio, 198-.
- 33 _____. **Direito das Obrigações**. 7. ed. São Paulo : Francisco Alves, 1950.
- 34 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio poder : regime jurídico atual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 676, p. 79-84, fev. 1992.
- 35 BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. 4. ed. São Paulo : Leud, 1987.
- 36 BLANC, Emmanuel. **La responsabilité des parents**. Paris : Libraire du journal dos

nottaires et des avocat, 1953.

- 37 BOGGIO, Giuseppe. **Persone fisiche incapaci**. t. I. Torino : Unione, 1888.
- 38 BONET RAMÓN, Francisco. **Derecho de familia y sucesiones**. t. II. Madrid : Reus, 1940.
- 39 BONVICINI, Eugenio. **La responsabilitá civile per fatto altrui**. Milano : Antonio Giuffrè, 1976.
- 40 BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. 25 mar. 1824. In: CHAMPANHOLE, Adriano; CHAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as Constituições do Brasil**. 2. ed. São paulo : Atlas, 1976. p. 521-44.
- 41 _____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil. 24 fev. 1891. In: CHAMPANHOLE, Adriano; CHAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as Constituições do Brasil**. 2. ed. São paulo : Atlas, 1976. p. 457-88.
- 42 _____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. 16 jul. 1934. In: CHAMPANHOLE, Adriano; CHAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as Constituições do Brasil**. 2. ed. São paulo : Atlas, 1976. p. 387-445.
- 43 _____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 10 nov. 1937. In: CHAMPANHOLE, Adriano; CHAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as Constituições do Brasil**. 2. ed. São paulo : Atlas, 1976. p. 297-334.
- 44 _____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. 18 set. 1946. In: CHAMPANHOLE, Adriano; CHAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as Constituições do Brasil**. 2. ed. São paulo : Atlas, 1976. p. 171-237.
- 45 _____. Constituição do Brasil. 24 jan. 1967. In: CHAMPANHOLE, Adriano; CHAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as Constituições do Brasil**. 2. ed. São paulo : Atlas, 1976. p. 77-137.
- 46 _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 out. 1988. São Paulo

: Revista dos Tribunais, 1996.

- 47 _____. Decreto n. 16.272. 20 dez. 1923. Aprova o regulamento da assistencia e protecção aos menores abandonados e delinqüentes. **Collecção das Leis da Republica dos Estados Unidos do Brasil de 1923** : Actos do Poder Executivo. v. III. 1. parte. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1924. p. 363-84.
- 48 _____. Decreto n. 5.083. 1º dez. 1926. Institui o Código de Menores. **Collecção das Leis da Republica dos Estados Unidos do Brasil de 1926** : Actos do Poder Executivo. v. I. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1927. p. 79-93.
- 49 _____. Decreto n. 17.943-A. 12 out. 1927. Consolida as leis de assistencia e protecção a infancia. **Collecção das Leis da Republica dos Estados Unidos do Brasil de 1927** : Actos do Poder Executivo. v. II. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1928. p. 476-524.
- 50 _____. Decreto-Lei n. 4.657. 4 set. 1942. Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro. **Código Civil**. 43 ed. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 1-5.
- 51 _____. Emenda Constitucional nº 1º, 17 out. 1969. In: CHAMPANHOLE, Adriano; CHAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as Constituições do Brasil**. 2. ed. São paulo : Atlas, 1976. p. 7-76.
- 52 _____. Lei n. 3.071. 1º jan. 1916. **Código Civil**. 43. ed. São Paulo : Saraiva, 1993.
- 53 _____. Lei n. 4.121. 27 ago. 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada (Estatuto da Mulher Casada). **Código Civil**. 43 ed. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 383.
- 54 _____. Lei n. 6.515. 26 dez. 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos e dá outras providências. **Código Civil**. 43 ed. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 608-14.
- 55 _____. Lei n. 6.697. 10 out. 1979. Institui o Código de Menores. **LEX**. São Paulo,

- p. 786-803, out./dez. 1979.
- 56 _____. Lei n. 7.209. 11 jul. 1984. Altera dispositiviso do Decreto-lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. **LEX**. São Paulo, p. 350-401, jul./set. 1984.
- 57 _____. Lei n. 8.069. 13 jul.1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providência. **Código Civil**. 43 ed. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 836-78.
- 58 _____. Lei n. 9.278. 10 maio 1996. Regula o § 3º, do art. 226 da Constituição Federal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 727, p. 660-1, maio 1996.
- 59 _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 13.403-0, 6 dez. 1994. **LEX : JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS**. São Paulo, n. 71, p. 79-83, jul. 1985
- 60 BRISSAC, Chantal; PROPATO, Valéria. A opção de não ter filhos. **Isto É**. n. 1.384, 10 abr. 1996, p. 36-8.
- 61 BRITTO, Carlos Ayres. A sociedade e o direito. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 3, p. 203-15, jan./mar. 1978.
- 62 BUERES, Alberto J. **El acto ilícito**. Buenos Aires : Hammurabi, 1986.
- 63 CAHALI, Yussef Said. A importância do instituto da guarda. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 133, p. 09-18, nov./dez. 1991.
- 64 _____. Comentários ao artigo 33. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emílio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 126-9.
- 65 _____. Culpa : Direito Civil. In: FRANCA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 22. São Paulo : Saraiva, p. 21-28, 1979

- 66 _____. **Divórcio e separação**. t. I. 6. ed. São Paulo :, Revista dos Tribunais, 1992.
- 67 CAMMAROTA, Antonio. **Responsabilidad extracontractual**. v. 2. Buenos Aires : Depalma, 1947.
- 68 CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In: TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo. **Direito de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 15-25.
- 69 CARAMÉS FERRO, José. **Curso de derecho privado romano**. 5. ed. t. I. Buenos Aires : Emilio Perrot, 1949.
- 70 CARBONNIER, Jean. **Droit civil : Les obligations**. Paris : Universitaires de France, 1956.
- 71 CARLEO, Liliano Rossi. La responsabilitá dei genitori ex art. 2048 C. C. **Rivista di Diritto Civile**. n. 2, p. 125-51, mar./apr. 1979
- 72 CARVALHO, Afrânio de. O futuro do Código Civil. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 34, p. 7-28, out./dez. 1985.
- 73 CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. **Incapacidade civil e restrições de direito**. t. I e II. Rio de Janeiro : Borsoi, 1957.
- 74 CASCIO, Salvatore Orlando. **Teoria della responsabilitá per colpa**. Milano : A. Giuffré, 1938.
- 75 CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.
- 76 CASTAN VASQUEZ, José Mº. **La participacion de la madre en la patria potestad**. Madrid : Mas, 1957.
- 77 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Visão panorâmica do contrato de seguro e suas controvérsias. **Revista do Advogado**. nº 47, p. 7-13, mar. 1996.
- 78 CHARBONNEAU, Paul-Eugène. **Adolescência e liberdade**. São Paulo :

Pedagógica e Universária & Escola de Pais do Brasil, 1980.

- 79 CHAVES, Antônio. Problemas de menores no âmbito internacional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 34, p. 131-2, out./dez. 1985.
- 80 _____. **Tratado de Direito Civil : Responsabilidade Civil**. v. III. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985.
- 81 CHIRONI, G. P. **La colpa**. Torino : Fratelli Bocca, 1906.
- 82 _____. **La culpa en el Derecho Civil moderno**. 2. ed. t. II. Madrid : Reus, 1928.
- 83 CIAN, Giorgio; OPPO, Giorgio. **Comentaria al Diritto Italiano della Famiglia**. v. IV. Padova : Antonio Milani, 1992.
- 84 CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. **Commentario breve al Codice Civile**. 2. ed. Padova : Antonio Milani, 1984.
- 85 CICCIO, Cláudio de. **Fundamentos históricos-sociológicos do pátrio poder no Código Civil Brasileiro de 1916**. São Paulo, 1981. Tese de Doutorado - Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- 86 CICU, Antonio. **El derecho de familia**. Buenos Aires : Ediar, 1947.
- 87 CÓDIGO Civil : Anteprojeto Revisto 1973. v. 5. t. 2. Brasília : Senado Federal, 1989.
- 88 CONSOLO, Giovanni Cesareo. **Trattato sul risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti**. Torino : Torinese, 1908.
- 89 COSTA, Cecília; HORTA, Ana Magdalena. Brasil no topo da desigualdade. **O Globo**. Rio de Janeiro, 16 jul. 1996. p. 17
- 90 COSTA, Dilvanir José da. O direito civil como essência do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 106, p. 221-6, abr./jun. 1990.

- 91 COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1979.
- 92 COSTA JÚNIOR, Olímpio. **A relação jurídica obrigacional**. São Paulo : Saraiva, 1994.
- 93 COVELLO, Sérgio Carlos. **A presunção em matéria civil**. São Paulo : Saraiva, 1983.
- 94 CUPIS, Adriano de. **Il dano**. Milano : Giuffré, 1946.
- 95 CZAPSKI, Aurélia Lizete de Barros; KOK, Clarice Cattan. Destituição do pátrio poder. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 40, p. 79-82, abr./jun. 1987.
- 96 DAMAZIO, Reynaldo Luiz. Criança. In: Criança, Adolescência e Menor. **Coleção primeiros passos**. São Paulo : Círculo do Livro, s.d. p. 3-32.
- 97 DAYRELL, Carlos. **Da filiação ilegítima no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- 98 DEGNI, Francesco. **Il diritto di famiglia**. Padova : Antonio Milani, 1943.
- 99 DELGADO, José Augusto. Tendências atuais do Direito de Família. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 15, p. 23-26, jan./mar. 1981.
- 100 DEVOTO, Luigi. **L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile**. Milano : A. Giuffré, 1964.
- 101 DIAS, Aldo de Assis. **O menor em face da justiça**. São Paulo : Lex, 1968.
- 102 DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 9. ed. Forense : Rio de Janeiro, 1994.
- 103 _____. **Responsabilidade civil em debate**. Forense : Rio de Janeiro, 1983.
- 104 EDUC.HTM. Educação no Brasil. IBGE, <http://www.ibge.gov.br/brasil>. 19 jul.

1996. HTML.
- 105 EICHLER, Hermann. Codificação do Direito Civil e teoria dos sistemas de direito. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 2, p. 43-66, out./dez. 1977.
- 106 ERNESTO SALAS, Acchel. **Estudios sobre la responsabilidad civil**. Buenos Aires : Valerios Abeledo, 1947.
- 107 ESPANHA. **Codigo Civil español**. 5. ed. Madrid : Reus, 1954.
- 108 ESPÍNOLA, Eduardo. **A família no Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.
- 109 FACCHINI NETO, Eugenio. **Da responsabilidade civil pelo fato de outrem**. São Paulo, 198-. Dissertação de Mestrado - Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- 110 FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1992.
- 111 _____. Limites e possibilidades da nova teoria do Direito Civil. **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, n. 172, p. 45-50, 1994.
- 112 _____. **Novo conceito de ato e negócio jurídico : conseqüência práticas**. Curitiba : Educa, Scientia et Labor, 1988.
- 113 _____. **Paternidade Plural**. Curitiba, 1994. Trabalho aprovado para obtenção do grau de Professor Titular em Direito Civil - Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Não publicado.
- 114 FELIPE, Jorge Franklin Alves. A evolução do Direito Civil na nova Constituição. **ADV - Advocacia Dinâmica**, São Paulo, p. 21-6, nov. 1989.
- 115 _____. **Adoção, guarda, investigação de paternidade e concubinato**. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993.

- 116 FERNANDES, Milton. Proteção civil do menor. **Revista Associação dos Magistrados de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. VII, p. 61-77, 1985.
- 117 FERNANDES CLERIGO, Luis. **El derecho de familia en la legislacion comparada**. México : Hispano-Americana, 1947.
- 118 FONTOURA, Osiris Antonio Jesus. Elementos da culpa no cível. **Revista Associação dos Magistrados do Paraná**, Curitiba, n. 2, p. 59-61, 1975.
- 119 _____. Responsabilidade do pai. **Gazeta do Povo**, 25 jun. 1972. p. 14.
- 120 FRANÇA. **Code Civil**. Paris : Dalloz, 1955.
- 121 FRANÇA, R. Limongi. A obrigação, o contrato e a responsabilidade civil, no Código Civil do Japão, comparado com o brasileiro. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 39, p. 27-39, jan./mar. 1987.
- 122 _____. Do objeto do Direito Obrigacional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 422, p. 38-51, dez. 1970
- 123 _____. O direito civil como direito constitucional. **Revista do Tribunal de Justiça do Pará**, Belém, v. 36, n. 55, p. 21-9, jan./mar. 1992.
- 124 FREITAS, Vladimir Passos de. O menor e sua guarda. **Justitia**, São Paulo, v. 94, p. 175-82, 3º trim. 1976.
- 125 GACTO FERNÁNDEZ, Enrique. **La filiación no legítima en el Derecho histórico español**. Sevilla : Universidade Hispalense, 1969.
- 126 GALGANO, Francesco. **Diritto Privato**. 4. ed. Padova : Antonio Milani, 1987.
- 127 GANGI, Calogero. **Le obbligazioni**. Milano : A. Giuffré, 1951.
- 128 GARCEZ, Martinho. **Do Direito de Família**. Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914.

- 129 GIANTURCO, Emanuele. **Istituzioni di Diritto Civile Italiano**. Firenze : G. Barbèra, 1911.
- 130 GIARDINA, Francesca. **La condizione giuridica del minore**. Napoli : Jovene, 1984.
- 131 GILISSEN, John. **Introdução histórica do Direito**. Lisboa : Colouste Gulbenkian, 1986.
- 132 GIORGI, Giorgio. **Teoria delle obbligazioni : nel diritto moderno italiano**. 7. ed. v. V. Firenze : Fratelli Cammelli, 1909.
- 133 GIORGI, Jorge. **Teoría de las obligaciones : en el derecho moderno**. 2. ed. v. I. Madrid : Reus, 1969.
- 134 GNOCCHI, Alberto. **Istituzioni di Diritto Privato**. 3. ed. Milano : Ulrico Hoepli, 1948.
- 135 GOMES, Luiz Roldão de Freitas. I fundamenti e le prospettive della responsabilità civile nel diritto brasiliano. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 71, p. 98-109, abr./jun. 1992.
- 136 _____. Normas e princípios de direito civil na Constituição Brasileira de 1988. **ADV - Advocacia Dinâmica**, São Paulo, p. 31-8. out. 1989.
- 137 GOMES, Orlando. **A reforma do Código Civil**. Salvador : Universidade da Bahia, 1965.
- 138 _____. **Obrigações**. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988.
- 139 _____. **Introdução ao Direito Civil**. 1. ed. universitária. Rio de Janeiro : Forense, 1989.
- 140 _____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980.

- 141 GÓMEZ CALLE, Esther. **La responsabilidad civil de los padres**. Madrid : Montecorvo, 1992.
- 142 GOMEZ MORAN, Luiz. **La posicion juridica del menor en el derecho comparado**. Madrid : Reus, 1947.
- 143 GONÇALVES, Ernesto Lima; GONÇALVES, Maria Aparecida Ataliba de Lima. **Educação ao longo da vida**. São Paulo : Almed, 1983.
- 144 GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. 1. ed. v. I. t. I; v. II, t. I; v. XII, t. II; São Paulo : Max Limonad, 1955.
- 145 GONTIJO, Segismundo. A família em mutação. **ADV - Advocacia Dinâmica**. São Paulo, p. 37-41, jun. 1995.
- 146 HEDEMANN, J. W. **Derecho de obligaciones**. v. II. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1958.
- 147 J. CORNEJO, Raul. **Patria potestad de los hijos naturales**. Buenos Aires : Depalma, 1945.
- 148 JAGUARIBE, Hélio; SILVA, Nelson do Valle e; ABREU, Marcelo de Paiva et al. **Brasil : reforma ou caos**. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1989.
- 149 JOSSERAND, Luiz. **Derecho civil**. t. I. v. I e II. Buenos Aires : Bosch, 1950-1951.
- 150 JURITSCH, Martin. **Sociologia da Paternidade : O pai na família e no mundo, uma análise antropológica**. Petrópolis : Vozes, 1970.
- 151 JOVENS do Brasil são 60 milhões. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 11 dez. 1995. p. 12.
- 152 KARAM, Munir. Da "patria potestas" e do abandono noxal. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 43, p. 11-9, jan./mar. 1988.
- 153 _____. Responsabilidade civil dos pais pelo fato do filho. In: FRANÇA, Rubens

- Limongi. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo, v. 65, p. 393-410, 1977.
- 154 LAHALLE, Annina. Comentários ao artigo 5º. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emilio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 29-30.
- 155 LAFAILLE, Héctor. **Derecho civil. Tratado de las obligaciones**. t. VII. Buenos Aires: Ediar, 1950.
- 156 LAFON, Jean. **La responsabilité civile du fait des malades mentaux**. Paris : Libraire Générale de droit et de jurisprudence, 1960.
- 157 LAURENT, F. **Principii di Diritto Civile**. v. XX. Nápoli : Leonardo Vallardi, 1881.
- 158 LAZZARINI, Álvaro. A desagregação familiar e seus reflexos na violência e na criminalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 719, p. 570-5, set. 1995.
- 159 LEHMANN, Heinrich. **Derecho de familia**. 2. ed. v. IV. Madrid : Revista de Derecho Privado, 1953.
- 160 LEITE, Eduardo de. **Tratado de direito de família : Origem e Evolução do Casamento**. v. I. Curitiba : Juruá, 1991.
- 161 _____. **A monografia jurídica**. 2. ed. Porto Alegre : Fabris, 1985.
- 162 LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília : IBPS, 1991.
- 163 LIMA, Alvino. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. Rio de Janeiro : Forense, 1973.
- 164 LIMA, Miguel Moacyr Alves. Comentários ao artigo 116. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emilio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 352-

4.

- 165 LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. A competência nos pedidos de adoção, guarda e tutela. **Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 50, p. 53-6, jan./mar. 1993.
- 166 LLOVERAS, Nora. Comentarios a lo artículo 264 de lo Código Civil. In: BUERES, Alberto J; HIGHTON, Elena I. **Código Civil**. Buenos Aires : Hammurabi, 1995. p. 1192-1225.
- 167 LOPES, Miguel Maria de Serpa. **A culpa como fundamento da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro, mar. 1953. Tese apresentada para o concurso de livre docência da cadeira de direito civil - Faculdade de Direito, Universidade do Brasil.
- 168 _____. **Curso de Direito Civil** : Introdução, parte geral e teoria do negócio jurídico. 7. ed. V. I. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1989.
- 169 LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil brasileiro**. t. I. Recife : Universal, 1857.
- 170 LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. *In Coleção Primeiros Passos*. 11. ed. São Paulo : Brasiliense, 1990.
- 171 MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro. **Código Menores comentado**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1987.
- 172 MACKAY, Richard V. *Guardianship and the protection of infants*. 2. ed. New York : Oceano, 1957
- 173 MAIOR, Olympio Sotto. Comentários ao artigo 112. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emílio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 341-2.

- 174 MARCHESA, Ana Maria Moreira. **Colocação em família substituta : aspectos controvertidos. Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 689, p. 227-300, mar. 1993.
- 175 MARIANO ARAMBURO, D. **La capacidad civil**. 2. ed. Madrid : Reus, 1931.
- 176 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- 177 MARQUES, Fernando. **Risco : matéria-prima do seguro. Revista do Advogado**. nº 47, p. 14-5. mar.1996.
- 178 MARQUES, João Benedito de Azevedo. **Marginalização : menor e criminalidade**. São Paulo : MacGraw-Hill, 1976.
- 179 MARRACCINI, Eliane Michelini; MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda dos filhos : algumas diretrizes psicanalíticas. Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 716, p. 346-57, jun. 1995.
- 180 MARTY, G. **Derecho civil : Teoria General de las obligaciones**. Puebla : José M. Cajica Jr., 1952.
- 181 MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 452/86, Relator Gilberto da Silva Castro, 02 dez. 1986. Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 616, p. 176-7, fev. 1987.
- 182 MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- 183 MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André. **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. t. I, v. I e v. II; t.II, v. I. Buenos Aires : Europa-América, 19--.
- 184 MELO, Albertino Daniel de. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem nos direitos francês e brasileiro**. Rio de Janeiro : Forense, 1972.

- 185 _____. Estudo sobre o fundamento da responsabilidade civil. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 6, p. 93-9, out./dez. 1978.
- 186 MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1993.
- 187 MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações**. 4. ed. t. II. Rio de Janeiro : Forense, 1956.
- 188 MENGER, Antonio. **El derecho civil e los pobres**. Buenos Aires : Atalaya, 1947.
- 189 MENOR infrator merece ser punido. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 22 abr. 1996. p. 14
- 190 MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2. ed. Lisboa : Estampa, 1989.
- 191 MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n. 45.844, Relator Sérgio Resende, 19 jul. 1979. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 534, p. 106-7, abr. 1980.
- 192 MIRANDA, Pontes de. Das obrigações por actos illicitos. In: LACERDA, Paulo de. **Manual do Código Civil Brasileiro : Direito das Obrigações**. v. XVI. 3ª parte. t. I Rio de Janeiro : Jacintho Ribeiro dos Santos, 1927.
- 193 _____. **Fontes e evolução do Direito Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981.
- 194 _____. **Tratado de direito privado**. Tomo II. Rio de Janeiro : Borsoi, 1970.
- 195 MONTINGELLI, Antônio Disney. Da responsabilidade civil dos pais, patrões e outros : algumas considerações sobre os artigos 1.521 e 1.523 do Código Civil. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 70, p. 19-31, maio/jun. 1981.
- 196 MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. **Do ressarcimento de danos pessoais e**

- materiais**. 4. ed. Rio de Janeiro : Âmbito Cultural, 1992.
- 197 MOURA, Mário Aguiar. Guarda do filho menor. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 19, p. 14-33, jul. 1980.
- 198 MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do Direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Salvo de Figueiredo. **Direito de Família e do Menor**. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 69-81.
- 199 NONATO, Orizombo. Reparação do dano causado por pessoa privada de discernimento. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. LXXXIII, p. 371-7, jun. 1940.
- 200 NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários ao novo Código de Menores**. São Paulo : Sugestões Literárias, 1980.
- 201 _____. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo : Saraiva, 1991.
- 202 NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil : uma tentativa de ressystematização. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, v. 64, p. 12-47, abr./jun., 1993.
- 203 NOVOA MONREAL, Eduardo. **O direito como obstáculo à transformação social**. Porto Alegre : Fabris, 1988.
- 204 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito da Família : Direito Matrimonial**. Porto Alegre : Fabris, 1990.
- 205 OLIVEIRA, Luís Cláudio de. Comentários ao artigo 22. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral e; GARCÍA MENDEZ, Emílio et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 92-3.
- 206 OLLIER, Pierre-Dominique. **La responsabilité civile des père et mère**. Paris : Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1961.

- 207 PARANÁ. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n. 57.845-2, Rel. José Wanderlei Resende, 16 ago 1993. **Diário da Justiça**. Curitiba, p. ?, 10 dez. 1993)
- 208 _____. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n. 40.280-0. Relator Ruy Fernando de Oliveira, 17 mar. 1993. **Diário da Justiça**. Curitiba, p. ?, 06 ago. 1993).
- 209 _____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 129/58, Relator Ernani Guarita Cartaxo, 18 abr. 1960. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 327, p. 583-5, jan. 1963
- 210 _____. Tribunal de Justiça. Apelação n. 1.456/84, Relator Silvio Romero, 09 abr. 1985. **Paraná Judiciário**, Curitiba, v. 14. p. 140-141, 1985.
- 211 _____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 936/87, Relator Luiz Perrotti, 23 ago. 1986. **Paraná Judiciário**, Curitiba, v. 28, p. 44-5, 1988.
- 212 PAVON, Cirilo. **Tratado de la familia en el Derecho Civil Argentino**. t. III. Buenos Aires : Ideas, 1946.
- 213 PELOSI, Angelo Carlo. **La patria potestá**. Milano : A. Giuffrè, 1965.
- 214 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil : Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- 215 _____. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro : Forense, 1977.
- 216 _____. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1991.
- 217 _____. Reforma do Direito Civil. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 58, p. 7-26. out./dez. 1991.
- 218 PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. 5. ed. São Paulo : Freitas Bastos, 1956.
- 219 PEREIRA, Sergio Gischkow. **A guarda conjunta de menores no direito brasileiro**.

AJURIS, Porto Alegre, v. 13, n. 36, p. 53-64, mar. 1986.

- 220 PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do Adolescente** : uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro : Renovar, 1996.
- 221 _____. A convenção sobre os direitos da criança. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 60, p. 23-39., abr./jun. 1992.
- 222 PEREIRA, Virgílio de Sá. **Direito de Família**. Rio de Janeiro : Fluminense, 1923.
- 223 PÉREZ VIVES, Álvaro. **Teoría general de las obligaciones**. 2. ed. v. II, 1ª parte. Bogotá : Temis, 1954.
- 224 PESQUISA revela situação do trabalho do menor. Curitiba, 13 dez. 1995. p. 22.
- 225 PIAGET, Jean. **Seis estudos de psicologia**. 19. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1993.
- 226 PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1995.
- 227 PIMENTA, José da Costa. **Filiação**. Coimbra : Almedina, 1986.
- 228 PINTO, Fernando Brandão Ferreira. **Filiação natural**. Coimbra : Almedina, 1983.
- 229 PONZANELLI, Giulio. **La responsabilità civile**. Bologna : Mulino, 1992.
- 230 PORTO, Mário Moacyr. O art. 159 do Código Civil. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 13, n. 36, p. 142-5, mar. 1986.
- 231 _____. Responsabilidade civil por fato ou ação de terceiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 650, p. 07-11, dez. 1989.
- 232 _____. Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos menores. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 55, p. 11-4, jan. 1982.
- 233 PORTUGAL. **Código Civil português**. Coimbra : Almedina, 1991.

- 234 QUAGLIARIELLO, Gaetano. **Sulla responsabilità da illecito nel vigente codice civile**. Napoli : Eugenio Jovene, 1957.
- 235 RAFFUL, José Carlos. O Código de Menores e a reparação do dano. In: CURY, Munir. **Temas de direito do menor**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987. p. 219-22.
- 236 RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Os princípios gerais do Direito Civil. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, nº 22, p. 272-84. 1985.
- 237 _____. **A paternidade fora do casamento** : análise e crítica do estatuto vigente no Brasil. Curitiba, 1987. Dissertação de mestrado - Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná.
- 238 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.149/87. Relator Basileu Ribeiro Filho. 14 ago. 1987. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 627, p.185-86, 1988.
- 239 _____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.042/87. Relator Paulo Pinto, 27 ago. 1987. **Diário da Justiça**. Rio de Janeiro, p. ?, 21. out. 1987.
- 240 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 18605454, Relator Martins Costa, 18 ago. 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 639, p. 172-4, jan. 1989.
- 241 _____. Tribunal de Alçada. Apelação Cível n. 187022843, Relator Alceu Binato de Moraes, 01 set. 1987. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 624, p. 202-205, out. 1987.
- 242 _____. Tribunal de Justiça. Apelação n. 399.380, Relator Juiz Athos Gurmão Carneiro, 09 dez 1981. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 559, p. 202-6, maio 1982
- 243 RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de Derecho Civil**. t. III, v. II; t.

- V. Buenos Aires : La Ley, 1963.
- 244 RIZZARDO, Arnaldo. **A reparação nos acidentes de trânsito**. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1986.
- 245 ROCHA, Arthur. **Actos illicitos e danno casual**. Rio de Janeiro : Jornal do Commercio, 1935.
- 246 ROCHA, M. A. Coelho da. **Instituições de Direito Civil portuguez**. 4. ed. T. I. Coimbra: Universidade, 1867.
- 247 ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O pátrio poder**. Rio de Janeiro : Tupã, 1960.
- 248 RODRIGUES, Dirceu A. Victor. **Código Civil Brasileiro perante os tribunais**. v. III. Rio de Janeiro : Alba, 1967.
- 249 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil : Direito de Família**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 1978.
- 250 _____. **Direito Civil : Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- 251 ROVELLI, Roberto. **La responsabilitá civile de fatto illecito**. Torino : Unione, 1964.
- 252 RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. v. I e II. São Paulo : Saraiva, 1957.
- 253 SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 7.597**, Relator Ivo Sell, 15 jul. 1971. **Revista dos Tribunais**, v. 435, p. 166-8, jan. 1972.
- 254 SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil Brasileiro interpretado**. 6. ed. v. XX. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1956.
- 255 SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1994.

- 256 SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Cível. Apelação n. 309.346. Relator Sousa Lima, 13 out. 1983 **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 579, p. 119-20, jan. 1994.
- 257 _____. Primeiro Tribunal de Alçada Cível. Apelação n. 337.784, Relator Augusto Marin, 19 mar. 1985. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 596, p. 131-133, jun. 1985.
- 258 _____. Primeiro Tribunal de Alçada Cível. Apelação n. 396.253-8, Relator Sílvio Marques, 05 set. 1988. **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, v. 137, p. 304-306, 1988.
- 259 _____. Primeiro Tribunal de Alçada Cível. Apelação Cível n. 403.129-0, Relator Rodrigues de Carvalho, 18 out. 1989, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 648 p. 106-109. out. 1989.
- 260 _____. Primeiro Tribunal de Alçada Cível. Apelação n. 424.252-4, Relator Castilho Barbosa, 05 set. 90. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 673, p. 89-91, nov. 1987.
- 261 _____. Primeiro Tribunal de Alçada Cível. Apelação Cível n. 426.414-2, Relator Bruno Netto, 06 dez. 1989, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 651, p. 94-95, jan. 1990.
- 262 _____. Primeiro Tribunal de Alçada Cível. Agravo de Instrumento n. 362.289. Relator Wanderley Racy, 10 out. 1986. **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, v. 121, p. 220-222, 1987.
- 263 _____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 48.210, Relator Prado Fraga, 28 set. 1950. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 189, p. 682-5, jan. 1951.
- 264 _____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 52.272-1, Relator Octavio Stucchi Costa, 26 mar. 1985. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 598, p. 55-6, ago. 1985.

- 265 _____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 76.642-1, Relator Octávio Stucchi, 11 nov. 1986. **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, v. 123, p. 314-5, 1987.
- 266 _____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 79.164. Relator Designado O. A. Bandeira de Mello, 03 fev. 1962. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 276, p. 211-6, out. 1958.
- 267 _____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 107.949-1, Relator Freitas Camargo, 9 fev. 1989. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 641, p. 132-4, mar. 1989.
- 268 _____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 143.788, Relator Isnard dos Reis, 09 dez. 1965. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 372, p. 111-6, out. 1966.
- 269 _____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.148.483, Relator Francisco Negrissollo, 02 out. 1966. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 380, p. 97-9, jun. 1967.
- 270 _____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 245.901, Relator Jonas Vilhena, 16 dez. 1975. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 485, p. 70-71, mar.1976.
- 271 _____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 250.926, Relator Azevedo Franceschini, 23 maio 76. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 485, p. 77-8, mar. 1976.
- 272 _____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 275.244. Relator Arthur de Godoy. 04 mar. 1980. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 541, p. 88-89, nov. 1980.
- 273 SAVATIER, René. **Cours de Droit Civil**. 10. ed. t. I. Paris : Droit et de Jurisprudence, 1947.
- 274 SILVA, Alzira Pereira da. A função da parte geral no sistema do Código Civil. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 16, p. 53-60. abr/jun 1981.
- 275 SILVA, Clóvis V. do Couto e. O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e

- visão de futuro. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 14, n. 40, p. 128-49, jul. 1987.
- 276 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. v. II. Rio de Janeiro : Forense, 1963.
- 277 SILVA, Francisco de Assis e. Direitos e deveres relativos à coabitação de pais e filhos maiores e capazes civil e economicamente. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, n. 27, p. 203-18. 1992-1993.
- 278 SILVA, Oliveira e. **Das indenização por acidentes**. 2. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1958.
- 279 SILVA, Wilson de Melo da. **Da responsabilidade civil automobilística**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1975.
- 280 _____. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1974.
- 281 SILVEIRA, Alfredo Balthazar da. **O pátrio poder e a infância delinqüente**. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1914.
- 282 SIQUEIRA, Liborni. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro : Forense, 1991.
- 283 SIRVINSKAS, Luís Paulo. Adoção plena: possibilidade de reversão do pátrio poder ao pai natural. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 48, p. 34-6, abr./jul., 1989.
- 284 SOTO NIETO, Francisco. **La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo**. Madrid : Montecorvo, 1982.
- 285 STARCK, B. **Responsabilité civile** : Double fonction de garantie et de peine privée. Paris : Rodstein, 1947.
- 286 STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1989.
- 287 TEIXEIRA, Salvio de Figueiro. O direito e a justiça do menor. In: _____. **Direito**

- de família e do menor.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 319-33.
- 288 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação. In: TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo. **Direito de Família e do Menor.** 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 1993. p. 225-41.
- 289 TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil,** São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.
- 290 TERÁN LOMAS, Roberto A. M. **Los hijos extramatrimoniales.** Buenos Aires : Argentina, 1954.
- 291 TOURNEAU, Philippe Le. **La Responsabilité Civile.** t. I. Paris : Dalloz, 1972.
- 292 TOURINHO, Arx. A cultura jurídica e o poder. **Revista de Direito Civil,** São Paulo, n. 29, p. 160-3. jul./set. 1984.
- 293 TRIMARCHI, Pietro. Illecito (dir. priv.). In: MORTALI, Constantino & PASSARELLI, Francesco Santoro. **Enciclopedia del diritto.** v. XX. Varese : A. Giuffrè, 1970. p. 99-112.
- 294 _____. **Istituzioni di Diritto Privato.** 9. ed. Milano : A. Giuffrè, 1991.
- 295 TRIMARCHI, V. Michele. **La legittimazione dei figli naturali.** Milano : A. Giuffrè, 1954.
- 296 TRINDADE, Jorge. **Delinqüência juvenil : uma abordagem transdisciplinar.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1993.
- 297 TUCCI, Giuseppe. **Il danno ingiusto.** Napoli : Jovene, 1970.
- 298 TUHR, Andreas Von. **Derecho civil.** v. I e III Buenos Aires : Depalma, 1946.
- 299 UNICEF. **Situação mundial da infância : 1992.** Brasília : s. ed., 1992.
- 300 _____. **Situação mundial da infância : 1994.** Brasília : s. ed., 1994.

- 301 UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Biblioteca Central. **Normas para apresentação de trabalhos**. 3. ed. Curitiba: Ed. da UFPR, 1994.
- 302 VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. v. I. 7. ed. Coimbra : Almedina, 1991.
- 303 _____. **Direito das obrigações**. v. I e II. 1. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1988.
- 304 _____. **Direito de família**. 3. ed. 1º V. Lisboa : Petrony, 1993.
- 305 VIEGAS, João Francisco Moreira. A filiação fora do casamento na Nova Carta da República. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 634, p. 70-1, set. 1988.
- 306 ZATTI, Paolo; COLUSSI, Vittorio. **Lineamenti di diritto privato**. 4. ed. Padova : Antonio Milani, 1993.
- 307 WINDSCHEID, Bernardo. **Diritto delle pandette**. v. II. 2ª parte. Torino : Unione Torinese, 1904.