

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIENCIAS JURIDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADEMICA DE DIREITO

BIANCA CRISTINA DE SÁ MOREIRA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS PRATICADOS
PELO FILHO MENOR

SOUSA
2014

BIANCA CRISTINA DE SÁ MOREIRA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS PRATICADOS
PELO FILHO MENOR

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais de Campina Grande,
como exigência parcial da obtenção do
título de bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais

Orientador: Prof^o. MS Eduardo Jorge
Pereira de Oliveira

SOUSA

2014

BIANCA CRISTINA DE SÁ MOREIRA

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS PRATICADOS
PELO FILHO MENOR

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais de Campina Grande,
como exigência parcial da obtenção do
título de bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais

Orientador: Prof^o. MS Eduardo Jorge
Pereira de Oliveira

Data de aprovação: 17/04/2014

Banca Examinadora

Eduardo Jorge Pereira de Oliveira
Universidade Federal de Campina Grande
Orientador

Paulo Abrantes de Oliveira
Universidade Federal de Campina Grande
Examinador

Rubasmate Santos de Sousa
Universidade Federal de Campina Grande
Examinador

A Jesus Cristo, minha luz.
Aos meus pais: Francisco Moreira e Maria Augusta.
Aos meus irmãos Ângela e Junior.
A minha sobrinha Ana Beatriz.
Ao meu namorado Tiago.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro a Deus, meu refúgio e minha fortaleza, por me permitir viver este momento e alcançar esta realização, por me iluminar e me guiar sempre para os melhores caminhos.

A minha mãe Maria Augusta, uma grande mulher, pelo incondicional amor, cuidado, carinho, apoio, incentivo. Que sempre está cheia dos melhores abraços e aconchego.

Ao meu pai, meu exemplo de justiça, por todo o amor, cuidado, apoio e ensinamentos.

Aos meus irmãos Ângela e Júnior, pelos incentivos e apoio. E a minha sobrinha Ana Beatriz, principalmente por ter me emprestado o notebook, ele foi fundamental para a produção deste trabalho.

Ao meu namorado, Tiago, pelo carinho, companheirismo, compreensão e principalmente pelos incentivos e confiança.

Ao meu cachorrinho Toff, que de forma inconsciente e inocente demonstra muito carinho.

Ao meu querido professor, orientador e amigo Eduardo Jorge, pelas palavras de incentivo, por me fazer acreditar que sou capaz, e pelos bons conselhos.

Ao meu colega e, hoje, amigo Lucas Moraes, por todo o companheirismo, ajudas e principalmente pela sua amizade.

As minhas amigas, Emanuela, Annaiara e Clebiane, pela amizade, pelas boas risadas, por tornar as minhas manhãs e tardes em Sousa mais divertidas, por tirarem as minhas dúvidas e pelos incentivos nas apresentações de seminários, me fazendo acreditar que eu seria capaz.

A todos os que, ao longo desses 5 anos, deram carona a mim e aos meus companheiros dessa jornada, Lucas e Yara.

Enfim, agradeço a todos os familiares e amigos pela confiança, carinho e apoio.

“Minha rosa, sem dúvida
um transeunte qualquer pensaria que se
parece convosco.
Ela sozinha é,
Porém mais importante que vós todas,
Pois foi a ela que eu reguei. Foi a ela que
pus sob a redoma”

(O Pequeno Príncipe)

RESUMO

Quando um homem e uma mulher se unem no intuito de formar uma entidade família, devem assumir as responsabilidades próprias deste grupo. E os que de forma livre e espontaneamente decidem por assumir a paternidade, ou mesmo os que apenas “concorreram” para a gestação de uma criança, devem, também, ser obrigados de uma responsabilidade que transcende o poder familiar. Deve-se vigiar, proteger, educar e ensinar comportamentos adequados à um cidadão de bem, para que o filho menor aprenda a discernir o certo do errado e assim agir de forma que contribua para uma convivência pacífica e harmoniosa em sociedade, respeitando e não invadindo o direito de outrem. Devem-se conscientizar que mais do que provedores financeiros, eles devem ser exemplos de dignidade para o menor, isto, independente de estarem convivendo ou não sob o mesmo teto. Objetiva-se portanto, analisar o instituto da responsabilidade civil, mais especificadamente a responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos cometidos pelo filho menor. Opta-se, pois, pela utilização do método de abordagem dedutivo, utilizando-se ainda do método de procedimento histórico, tendo em vista a necessidade de analisar o instituto da responsabilidade ao longo do tempo, além do exegético jurídico, pelo uso interpretativo de leis e jurisprudência, juntamente com a técnica de pesquisa indireta, fundada na coleta bibliográfica, possibilitando os fins para os quais foram escolhidos. Não obstante as constantes discussões acerca do tema, o presente estudo tem como proposta a defesa da imputação da responsabilidade objetiva aos pais pelos atos ilícitos praticados pelo filho menor, como meio de impedir que se esquivem da obrigação da qual são detentores.

Palavras-chave: Poder familiar. Responsabilidade Civil. Pais. Filho menor. Responsabilidade Objetiva

ABTRACT

When a man and a woman come together in order to form a family entity shall assume the responsibilities of this group . And those who freely and spontaneously decide to take on parenthood , or even just " contributed " to the pregnancy of a child, should also be required of a responsibility that transcends the familiar power. Should monitor, protect , educate and teach appropriate for a good citizen behaviors, so that the minor child learn to discern right from wrong and thus act in a manner that contributes to a peaceful and harmonious living in society, respecting and not invading the rights of others. Should be aware that more than financial providers, they should be examples of dignity to the lowest, this, irrespective of whether or not living under the same roof. Objective is therefore to analyze the institution of civil liability, more specifically the responsibility of parents for torts committed by the minor child. The option is therefore to use the method of deductive approach, using still the method of historical procedure, in view of the need to analyze the institution of responsibility over time, beyond the legal exegetical, interpretive use of the laws and case law, together with the technique of indirect research, founded in bibliographic collection, enabling the purposes for which they were chosen. Notwithstanding the constant discussion about the topic, this study proposes the defense of the imputation of strict liability to parents for unlawful acts committed by the minor child as a means to prevent shy away from the obligation of which they are holders .

Keywords : Power family. Liability. Parents. Minor child. Objective responsibility

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 APANHADO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2. CONCEITO, PRESSUPOSTOS E EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	16
2.1 NATUREZA E FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	25
2.2 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE	27
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS PRATICADOS PELO FILHO MENOR	31
3.1 A RESPONSABILIDADE DOS PAIS À LUZ DOS TRIBUNAIS	36
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

A necessidade de se estabelecer limites e garantir a segurança jurídica surge do convívio em sociedade. Para que haja uma convivência pacífica e harmoniosa se faz de fundamental importância o respeito às regras estabelecidas com esse propósito, pelo Código Civil.

Daí surge o instituto da responsabilidade civil, instituto este que exsurge da máxima romana *neminem laedere*, segundo o qual a ninguém é facultado causar prejuízo a outrem, e se encontra claramente epigrafado no art. 186 do vigente Código Civil pátrio, que diz: *aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*.

A Responsabilidade Civil é um dos mais importantes institutos do sistema jurídico. Os conflitos vivenciados pelas sociedades atuais tem tornado esse um tema bastante desafiador para os juristas, ante a sua surpreendente expansão no direito, para atender as necessidades de quem sofre ofensa e restaurar o equilíbrio moral e/ou patrimonial desfeito.

No tocante à responsabilidade civil dos pais, inovou o Código Civil vigente atribuindo-lhes responsabilidade objetiva, que prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade, conforme se depreende da leitura do artigo 932, inciso I, conjugado com o artigo 933, ambos do Código Civil. Ficando claramente explícito que a responsabilidade dos pais quanto aos seus filhos não se restringe no simples dever de sustento, educação e guarda, mas também em face dos atos ilícitos praticados pela sua prole.

Assim, se buscará por meio deste, identificar a responsabilidade jurídica e social dos genitores sobre sua prole, analisar a responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos praticados pelo filho menor na concepção das jurisprudências brasileiras, resultante em uma possível indenização.

A relevância jurídica do tema consistirá em analisar a forma em que essa responsabilidade se dá quando o filho comete ato ilícito estando sob a autoridade dos pais. E quando há a negligência dos pais que devem estar no exercício do poder familiar.

Será utilizado para a concepção deste trabalho o método de procedimento histórico, tendo em vista analisar a evolução histórica da responsabilidade civil, principalmente no tocante a responsabilidade dos pais, além do exegético jurídico, pelo uso interpretativo de leis e jurisprudências, em conjunto com a técnica de pesquisa indireta, fundada na coleta bibliográfica, de doutrinas, leis e julgados para a devida argumentação específica.

Para uma melhor sistematização, foi dividido o presente estudo em três capítulos. No primeiro capítulo será feito um apanhado histórico do instituto da responsabilidade civil, expondo a sua evolução que se inicia no tempo em que predominava a justiça coletiva como forma de responsabilizar o agressor até os dias atuais em que o Estado assume o direito de punir e “fazer justiça”.

No Segundo capítulo será feita uma análise mais detalhada do instituto da responsabilidade, expondo o seu conceito, os pressupostos necessários para a sua aplicação, as excludentes, a natureza jurídica, os fundamentos jurídicos e a função da responsabilidade civil, com o fim de demonstrar a sua plausibilidade na imposição da responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos do filho menor.

Em um terceiro momento será abordado o tema propriamente dito, no qual será apontada a previsão legal de tal responsabilidade, a obrigação dos pais no dever de guarda e vigilância, a obrigação de indenizar a vítima, o direito de regresso e a responsabilidade dos pais separados de fato ou judicialmente.

Desse modo, demonstrar-se-á a importância da presença dos pais no dever de proteção, educação e orientação dos filhos menores. Razão esta pela qual os pais serão responsabilizados pelos atos dos filhos menores, já que os mesmos estão submetidos à autoridade parental.

1 APANHADO HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade Civil tem resquícios de existências desde os primórdios dos tempos. É sabido que de forma muito rudimentar, mas que, com o passar dos tempos e a conseqüente evolução das civilizações ocorreram inúmeras transformações nesse instituto.

Nesse sentido, Penafiel (2013) diz que:

A responsabilidade civil tem uma extensa e morosa evolução histórica. De forma geral, o dano causado pelo ilícito sempre foi combatido pelo Direito. O que se modificou ao longo da trajetória humana foi apenas a forma de ação contra os danos sofridos em decorrência de um ato praticado em descumprimento a um dever de conduta.

Nos tempos das primeiras civilizações em que o homem vivia em bandos, predominava a vingança coletiva. Quando um membro de um determinado bando era ofendido havia uma reação coletiva por parte do bando a qual este fazia parte, contra quem houvesse praticado a ofensa. A responsabilidade era imposta por meio de uma vingança coletiva e imperava o sistema do exercício arbitrário das próprias razões.

Gonçalves (2013, p. 24) afirma que “Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações.” Bastava somente a ação ou omissão, e um conseqüente prejuízo a vítima para que o agente causador fosse responsabilizado.

Posteriormente houve uma evolução para reação individual. Uma vingança privada onde o indivíduo ofendido perseguia, por si mesmo, a execução de seu suposto direito. Nesse momento os homens faziam justiça com as próprias mãos, se achando amparados pela Lei de Talião, na qual a regra era a reparação do mal pelo mal, sintetizada pela ideia do “Olho por olho, dente por dente”.

De forma evolutiva, aparece nesse cenário a intervenção do poder público no sentido de declarar hipóteses e condições em que deveriam se dar a retaliação. Prevalecendo ainda a responsabilidade independente de culpa, fundado no princípio da equidade.

Depois do período da vingança privada, surge o período da composição. Neste a vítima percebe vantagens e conveniências em substituição a violência. Percebeu-se que era mais conveniente a conciliação das partes ofensora e ofendida, visto que a vingança não reparava dano algum. Surgiu, então, a idéia de compensação econômica do dano.

Nesse período o patrimônio do ofensor, e não a pessoa deste, respondia pelo dano causado. São, então, instituídas as tariffações, pelo Código de Ur-Nammu, Código de Manú e Lei das XII Tabuas, para as diferentes formas de dano.

Quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça com as próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada, diz Gonçalves (2013, p. 25).

E, então, quando o Estado, exclusivamente, assumiu o direito de punir, a responsabilidade Civil foi tomando espaço.

Evolutivamente surge, segundo Gonçalves (2013, p. 25), a *Lex Aquilia* que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Primando pela substituição das multas fixas pela reparação pecuniária proporcional ao dano causado.

Penafiel (2013) menciona que:

A Lei de Aquilia é vista como marco fundamental para a aplicação da culpa na obrigação de indenizar, originando a responsabilidade extracontratual, também denominada “responsabilidade aquiliana” a partir da qual a conduta do causador do dano é medida pelo grau de culpa com que atuou.

Nesse prisma, compendia Diniz (2007, p. 11):

Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A *Lex Aquilia* estabeleceu as bases da responsabilidade Extracontratual criando uma forma pecuniária de indenizar do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Esta lei introduziu o *damnuminiuria datum*, ou seja, prejuízo causado ao bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Todavia mais tarde, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem estrago físico e material da coisa. O Estado passou então a intervir nos conflitos privados, fixando o valor do prejuízo, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando a vingança. Essa composição permaneceu do direito romano com caráter de pena privativa e com reparação, visto que não havia diferença entre responsabilidade civil e penal.

Portanto, pode-se afirmar que a Lex Aquilia foi um divisor de águas na história da responsabilidade civil, tamanha a sua importância, pois a partir dela surge a denominação da responsabilidade civil delitual ou extracontratual.

2 CONCEITO, PRESSUPOSTOS E EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Diante de todo um contexto histórico, e consecutivas evoluções, torna-se relevante a necessidade de se compreender o conceito jurídico de responsabilidade e assim poder ter uma noção límpida do que é a responsabilidade no âmbito da reparação civil.

Quanto a origem da palavra responsabilidade, preleciona Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 43-44):

A palavra “responsabilidade” tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo ainda a raiz latina de *spondeo*, fórmula através do qual, se vincula, no Direito Romano, o devedor nos contratos verbais.

Portanto, a responsabilidade se dá quando surge uma obrigação derivada, decorrente de um dever jurídico sucessivo em razão da ocorrência de um fato jurídico *lato sensu*.

Entretanto salienta-se a importância de diferenciar a obrigação da responsabilidade. E neste diapasão vale frisar o ensinamento de Gonçalves (2013, p. 20-21):

A obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, a *obrigação* e a *responsabilidade*. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional.

Pode-se, então, concluir que a obrigação sempre será um dever jurídico originário, enquanto que a responsabilidade será sempre uma consequência do descumprimento do primeiro, portanto um dever jurídico sucessivo. Sendo esta uma espécie de sombra daquela.

E nesse sentido, ensina Gonçalves (2013, p. 24):

Responsabilidade Civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Destarte, toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

Portanto, vê-se que a noção jurídica de responsabilidade presume-se de um ato danoso, praticado a priori ilicitamente, por alguém que viola uma preexistente norma jurídica, gerando uma conseqüente obrigação de reparação do dano causado.

E embora antologicamente seja o mesmo o conceito de responsabilidade, esta pode ser de várias naturezas como a civil, a penal, a contratual e extracontratual, menciona Venosa (2007).

Nessa mesma linha de raciocínio, ainda Venosa (2007) conceitua responsabilidade civil, nos dias de hoje, como dever de indenizar, ou seja, uma reparação que se dá com a demonstração de existência de uma ação ou omissão voluntária, de dano a um sujeito passivo, e uma relação de causalidade entre o dano e a ação ou omissão.

O Código civil brasileiro consagra em seu art. 186 a regra de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo, pois parte da premissa de que a ninguém é dado causar dano a outrem.

Art. 186 do CC/02: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.*

Portanto pode-se concluir que três são os elementos essenciais para a aplicabilidade da responsabilidade civil. São eles: Conduta humana (ativa ou omissiva), o dano (moral ou material) e o nexo de causalidade.

A conduta humana é o primeiro elemento a resultar na responsabilidade civil, visto que só pode ser responsabilidade aquele que por ação ou omissão causar prejuízo a outrem. E, portanto, apenas o homem, por ato próprio ou de terceiro pode ser responsabilizado civilmente, visto que o núcleo fundamental de sua conduta é a voluntariedade.

E atrelada a conduta humana, deve-se relevar a culpa como elemento integrante desta. E dessa forma Cavalieri Filho (2008, p.24) preceitua:

[...] entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. Ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico ou subjetivo.

Nesse sentido, temos que a conduta humana se dá tanto de forma comissiva (positiva) como de forma omissiva (negativa), direcionada pela vontade do agente que acarreta no dano ou prejuízo.

Portanto, tem-se que não se pode reconhecer a conduta humana, isoladamente, como elemento gerador de responsabilidade, pois há ausência de elemento volitivo. Entretanto, nem sempre a vontade está atrelada a intenção de causar o dano, mas sim a consciência da conduta que se está praticando.

A conduta, em sua ação comissiva ou positiva se dá pelo comportamento ativo do agente que acarreta o dano, a exemplo de um motorista que ingere bebida alcoólica e vem a abalroar seu veículo em outro veículo.

Já a conduta omissiva ou negativa se dá pela inocorrência de ação, pelo não fazer ou abstenção voluntária. Esse tipo de comportamento, quando resultante em dano, gera a responsabilização do omitente. Nesse sentido anotam Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 71):

[...] na ação omissiva a voluntariedade da conduta se faz presente, consoante se lê no mesmo artigo de lei (omissão voluntária...). Isso porque, se faltar este requisito, haverá ausência de conduta na omissão, inviabilizando, por conseguinte, o reconhecimento da responsabilidade civil.

Podemos então observar, que mesmo na forma omissiva a voluntariedade se faz necessário, visto que de outra forma não ensejaria em uma conduta geradora de responsabilidade para o agente.

E ainda quanto a omissão, Gonçalves (2013) ensina que para a configuração desta é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado.

Outro fator relevante é a ilicitude do ato, no que se remete a conduta humana praticada, visto que a ilicitude é o elemento necessário a composição do dano, traduzindo-se este comportamento na transgressão de um dever, diz Venosa (2007).

E o fator ilicitude se faz importante por a responsabilidade civil nos remeter a ideia de atribuir sanção ao agente que praticou a conduta danosa, por isto esta deve estar investida de ilicitude ou antijuridicidade.

Visto que a prática de uma conduta humana não danosa não gera responsabilidade, tem-se que é fundamental a existência do elemento dano para que o agente seja responsabilizado, pois sem a ocorrência deste elemento não haveria o que se indenizar.

Pode-se então afirmar que, independente de qual for a espécie de responsabilidade, o dano é requisito indispensável para a sua configuração. Nesse sentido ensinam Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 78):

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. – o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Deste modo, podemos dizer que o dano é a lesão a um interesse jurídico tutelado, seja este patrimonial ou extrapatrimonial, por uma conduta, de ação ou omissão, do sujeito infrator.

Com isso, temos que o dano pode ser dividido em patrimonial, também conhecido por material, e extrapatrimonial, também conhecido por dano moral. Sendo que este é atribuído a um bem imensurável, que não tem caráter econômico e não pode voltar ao estado de antes. E aquele está afeto ao dano que causa um prejuízo, uma diminuição de um bem de valor econômico.

O dano material nas palavras de Cavalieri Filho (2008, p. 71) é aquele que “atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro”. Sendo este dano plausível de voltar ao seu estado de antes ou, se não, pode ser reparado por uma indenização ou bem de igual valor.

Quanto aos aspectos do dano material podemos dividi-lo em dano emergente e lucros cessantes. Sendo este o dano proveniente do que a vítima

deixou de ganhar, frustrando uma expectativa de lucro. E aquele correlato ao efetivo prejuízo na diminuição do seu patrimônio, pela vítima.

Assim, da fixação da indenização devem ser verificados o real prejuízo experimentado pela vítima ao ter o seu patrimônio diminuído ou por ter prejudicado o ganho de lucros futuros decorrentes da conduta danosa. Nesse sentido ensinam Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 84):

[...] o dano emergente e os lucros cessantes devem ser devidamente comprovados na ação indenizatória ajuizada contra o agente causador do dano, sendo de bom alvitre exortar os magistrados a impedirem que vítimas menos escrupulosas, incentivadoras da famigerada “indústria da indenização”, tenham êxito em pedidos absurdos, sem base real, formulado com o nítido propósito, não de buscar ressarcimento, mas de obter lucro abusivo e escorchante.

Portanto, seguindo essa mesma linha de raciocínio, temos que a vítima só deverá ser compensada no que devidamente perdeu nos danos emergentes e nos lucros cessantes diretos e imediatos ao prejuízo sofrido decorrente da conduta ilícita.

No âmbito do Dano Moral, admitida pela doutrina majoritária mesmo antes da CF/88, somente foi efetivamente reconhecido e elevado ao status dos direitos e garantias fundamentais depois da promulgação desta.

Nesse sentido, esclarece Pereira (2004), que “pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz.”

E como aspecto positivo a atual Código Civil reconhece formal e expressamente a reparabilidade dos danos morais. Com efeito dispõe art. 186 do CC-02: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”*

No entender de Gagliano e Pamplona Filho (2010), o dano moral:

[...] consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

Dessa forma, Gonçalves (2013) reforça a ideia de que dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, que pode acarretar ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Porém, deve-se salientar que não é diante de qualquer dor, desconforto, aflição ou dissabor que se caracteriza o dano moral, sendo de sua tutela todos os bens personalíssimos de ordem ética.

Na mesma linha de raciocínio, Diniz (2007) ensina que atualmente os tribunais vêm se manifestando no sentido de que a indenização por danos morais “deve desestimular” o ofensor a repetir o ato. O STF entende a reparação civil por dano moral tem dupla função: caráter inibitório e reparatório.

E não sendo o dano moral suscetível de avaliação pecuniária, visto a sua imaterialidade, a vítima é compensada pela indenização imposta ao agente causador do dano de forma sancionadora e satisfativa, em virtude da lesão ocasionada. Desta forma aponta Cavalieri (2008, p.81, grifo do autor) que “A indenização funcionará também como uma espécie de *pena privada* em benefício da vítima”.

Quanto a indenização por dano moral, Gonçalves (2013) ensina que no momento da fixação deve-se levar em consideração fatores que interferem na dimensão do dano ocasionado como a intensidade do sofrimento, a condição social e econômica do ofendido, a condição econômica do ofensor, a amplitude da culpa, a repercussão da ofensa, bem como as circunstâncias que nortearam a prática do ilícito.

Desta forma o quantum indenizatório não pode nem ser inferior a extensão do dano, nem excedente ao que o ofensor possa pagar, visto a impossibilidade de comprometimento do patrimônio do ofensor acarretando o comprometimento do próprio sustento. Muito menos pode ser tão irrisório ao ponto de ser incapaz de alcançar o fim almejado.

E, para que se exista a obrigação de indenizar, é necessário que haja uma relação de causalidade entre o fato ilícito, acarretado por uma conduta omissiva ou comissiva, e o dano produzido. Desse modo o dano só irá gerar responsabilidade quando houver um nexo de causalidade entre ele e o seu autor.

Este é talvez o elemento mais milindroso, visto a complexidade do tema. Desse modo diz Lopes (2001, p. 218):

Um das condições essenciais à responsabilidade civil é a presença de um nexu causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência, porquanto a noção de causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço.

Deste modo, para que se haja uma responsabilização é necessária a investigação do nexu entre o resultado danoso e o agente causador do dano. Portanto, antes de se analisar a culpa deve-se averiguar se o sujeito deu causa ao resultado.

Nesse mesmo sentido, ensina Cavalieri Filho (2008, p. 46):

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não ocorrerá a cargo do autor material do fato.

Portanto, o nexu de causalidade é o vinculo que liga o fato ocorrido e o dano, e a partir dele pode-se concluir pela responsabilidade jurídica deste.

Diante da complexidade do elemento, surge a dúvida quanto ao critério a ser adotado para que se defina se determinado fato foi ou não definitivo para a composição do dano. Desta forma, três principais teorias existem a respeito da contribuição da conduta para a causa do dano.

A primeira delas é a teoria da Equivalência das condições, a qual defende que toda e qualquer circunstância que concorra para a produção do evento danoso será considerado causa. A conduta praticada é condição *sine qua non* do prejuízo causado, pois sem a qual o dano não ocorreria.

Prelecionam Gaglino e Pamplona Filho (2010), que esta é uma teoria de espectro amplo, pois considera elemento causal todo o antecedente que haja

participado da cadeia de fatos que desemboca no dano. É a teoria adotada pelo atual Código Penal Brasileiro.

A segunda teoria é a da causalidade adequada. Adotada pelo Direito Argentino defende que, ao contrário da teoria anteriormente citada, não se pode considerar causa toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado.

Sobre ela, Cavaliere Filho (2008, p. 49) diz que “se várias condições concorrerem para determinado resultado, nem todas serão causa, mas somente aquela que for mais adequada a produção do evento”. Portanto, causa para ela seria a conduta não só necessário, mas, também adequada a produção do resultado.

A última é a teoria da causalidade direta e imediata que, segundo Gonçalves (2013, p. 357) “nada mais é do que um amálgama das anteriores, uma espécie de meio-termo, mais razoável. Requer ela haja, entre a conduta e o dano, uma relação de causa e efeito direta e imediata”.

Gagliano e Pamplona Filho (2010) ensinam que a causa para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessidade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência, direta e imediata, sua.

Porem existem divergências doutrinárias quanto a teoria adotada pelo direito brasileiro. Parte da doutrina, como por exemplo a de Cavaliere Filho, são favoráveis a teoria da causalidade adequada, por entender que esta se configura a mais satisfatória para a responsabilidade civil.

Já uma outra parte da doutrina, como Gagliano e Pamplona Filho, entendem ser mais acertado o entendimento de que o Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade direta ou imediata. E nessa mesma linha de raciocínio entende Gonçalves (2013, p. 358) que:

Das varias teorias sobre o nexu causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no art. 403. Dispõe com efeito, o mencionado dispositivo legal:
‘Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do dispositivo na lei processual’.

Celeumas a parte, independente de posicionamento doutrinário, o magistrado deve analisar o caso de acordo com a conduta do agente e o dano efetivamente sofrido pela vítima. Ficando isento de responsabilidade aquele que estiver acobertado por alguma excludente de responsabilidade.

Portanto, fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo de causalidade, acaba por eliminar a responsabilidade do agente.

Tais fatos são as causas excludentes de responsabilidade civil, que Gagliano e Pamplona Filho (2010) definem como sendo “todas as circunstâncias que, por atacar um dos elementos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil, rompendo o nexo causal, terminam por fulminar qualquer pretensão indenizatória.”

Deste modo, podemos destacar como causas excludentes: estado de necessidade; legítima defesa; exercício regular do direito e devido cumprimento do dever legal; caso fortuito e força maior; culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, e cláusula de não indenizar.

Fazendo um breve relato sobre as excludentes, podemos dizer que no estado de necessidade o agente consiste na agressão a um direito alheio, de valor jurídico ou igual ao que se pretende proteger, para remover um perigo iminente, quando a situação não permitir outra forma de atuação.

Na legítima defesa, considera que, não atuando em excesso, o agente que se encontrar diante de uma injusta agressão atual ou iminente, dirigida a si ou a terceiro, reaja proporcionalmente a injusta agressão, utilizando-se de meios moderados de defesa postos a sua disposição.

No caso de o agente estar atuando em exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal não poderá haver responsabilidade. Sendo o abuso do direito o seu contraponto.

No acontecimento de um caso fortuito ou de força maior, ante a polêmica definição de ambos os institutos, diz Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 153):

[...] a característica básica da força maior é a *sua inevitabilidade, mesmo sendo a sua causa conhecida (um terremoto, por exemplo, que pode ser previsto pelos cientistas)*; ao passo que o caso fortuito, por sua vez, tem a sua nota distintiva na *sua imprevisibilidade*, segundo os parâmetros do homem médio. Nessa última hipótese, portanto, a ocorrência repentina e até então desconhecida do evento atinge a parte incauta, impossibilitando o cumprimento de uma obrigação (um atropelamento, um roubo).

Portanto, tem-se que o caso fortuito decorre de um fato alheio a vontade das partes, geralmente provocado por um ato humano. Já força maior, surge de acontecimentos naturais.

Quanto a culpa exclusiva da vítima diz Gagliano e Pamplona Filho (2010) que “A exclusiva atuação culposa da vítima tem também o condão de quebrar o nexo de causalidade, eximindo o agente da responsabilidade Civil.

Da excludente por fato de terceiro, ocorre quando o comportamento de um terceiro, que não seja o agente do dano e a vítima, rompe o nexo causal, excluindo a responsabilidade civil.

Também é um excludente de responsabilidade, nos limites de sua eficácia e dentro do campo de sua aplicação a cláusula de não indenizar, pois os seus efeitos consistem no afastamento da obrigação consequente ao ato danoso.

Vale salientar ainda que concausas preexistentes, causa superveniente e causas concomitantes, não interferem na relação de causalidade, é levado em consideração, na verdade, o fato principal que deu causa ao resultado final.

2.1 Natureza e fundamentos jurídicos

A responsabilidade civil é sempre decorrente de um ato ilícito, seja esse de ação ou omissão, que venha a causar dano a alguém gerando um desequilíbrio na ordem social, necessitando, portanto, da aplicação de uma sanção.

Desse modo, quando a norma jurídica é violada e este fato gera um desequilíbrio sócio patrimonial, deve-se haver a aplicação de uma pena-sanção como consequência do descumprimento de um dever jurídico tutelado.

Assim sendo, asseveram Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 62) que “ a natureza jurídica da responsabilidade será sempre *sancionadora*, independentemente de se materializar como pena, indenização ou compensação pecuniária.”, seja ela em qualquer esfera, haja vista que a sanção é uma consequência lógica normativa de qualquer conduta ilícita.

Quanto a função da reparação civil, esta tem o objetivo de devolver o equilíbrio quebrado entre vítima e causador do dano, fazendo com que este repare o dano causado, no intuito de voltar ao *statu quo ante*.

Se não mais é possível voltar ao estado de antes, procura-se na medida do possível reparar a vítima na medida do dano que lhe foi causado, indeniza-se na dimensão do dano, ensina Cavalieri Filho (2008).

Portanto, segundo Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 63) “três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: *compensatória do dano a vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva.*”

Nesse mesmo contexto, ensina Diniz (2007, p. 8-9):

[...] portanto, dupla é a função da responsabilidade:

- a) garantir o direito do lesado à segurança
- b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos.

Deste modo podemos perceber que são funções primordiais da reparação, a compensação da vítima que sofreu o dano e a punição do ofensor como medida sancionadora e desmotivadora da conduta lesiva e ilícita.

Quanto ao fundamento jurídico, na legislação brasileira, a responsabilidade civil está disposta na Constituição Federal, no Código Civil e em demais leis esparsas.

Na Constituição Federal de 1988 a responsabilidade é fundamentada, por exemplo, em seus artigos 5, V (direitos e garantias) ao instituir a indenização por dano moral, e 37, § 6º onde responsabiliza objetivamente o Estado e os Servidores Públicos.

No Código Civil de 2002 a responsabilidade se apresenta de forma subjetiva e objetiva. A responsabilidade subjetiva se dá nos artigos. 186 e 927, onde é necessário a existência de culpa para que o dano seja reparado, visto que se inexistir culpa inexistirá o dever de reparar.

Já a responsabilidade objetiva pode ser constatada no Código Civil nos artigos 933, 936, 937 e 1299, nestes a necessidade de reparação do dano independe de culpa ou de culpa presumida.

E segundo Gonçalves (2013) o Código Civil, principalmente, inovou em não revogar as leis especiais existentes e de ressaltar as que vierem a ser promulgadas, permitindo que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas ou de risco. Visto que anteriormente as

atividades perigosas eram somente as definidas em lei especial, e as que não fossem eram enquadradas na regar geral do Código civil que consagrava a responsabilidade subjetiva.

2.2 Espécies de responsabilidade

Podemos dizer que várias são as espécies de responsabilidade civil, pois esta é classificada de acordo com o fato que a ocasiona, relevando o elemento ensejador da conduta positiva ou negativa praticada. Sendo desta forma analisado tanto a questão da culpa como da natureza da norma jurídica violada.

Desta forma, temos que a responsabilidade civil pode ser subjetiva ou objetiva; civil ou penal; contratual ou extracontratual.

No concernente a responsabilidade civil ou penal, se parte da premissa de que de onde vem o fator ilicitude é que define o tipo de responsabilidade. Desse modo, ensina Cavalieri (2008) que a ilicitude civil ocorre quando o autor do ato viola norma civil, no âmbito do Direito Privado. Enquanto que a responsabilidade penal advém da infringência de norma penal, no âmbito do Direito Público. Portanto, leva-se em conta a origem da norma jurídica violada.

Tem-se, portanto, que quando a própria coletividade é lesada, caracteriza-se a infringência de norma de caráter público e o agente será responsabilizado penalmente. No entanto, se há desobediência de norma privada, ao lesado é arbitrado a prerrogativa de pleitear ou não a reparação. Mas se acontecer de o agente violar ao mesmo tempo ambas as leis, ele será obrigado tanto civil com penalmente ante o lesado e a sociedade.

Nesse sentido, preceitua Venosa (2007, p. 18-19) que:

As normas de direito penal são de direito público, interessam mais diretamente à sociedade do que exclusivamente ao indivíduo lesado, ao ofendido. No direito privado, o que se tem em mira é a reparação de dano em prol da vítima: no direito penal, como regra, busca-se punição e a melhor adequação social em prol da sociedade. Quando coincidem as duas ações, haverá duas persecuções, uma em favor da sociedade e outra em favor dos direitos da vítima.

No concernente a responsabilidade civil contratual e extracontratual ou aquiliana, estas se distinguem quanto a natureza do ilícito praticado. Se a norma violada for uma norma diretamente legal, se diz que a responsabilidade civil é extracontratual, já se é violada norma em que as partes se obrigaram contratualmente, diz ser a responsabilidade civil contratual.

De forma bem esclarecedora explica Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 58-59):

[...] se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extracontratual, a seguir analisada. Por outro lado, se, entre as partes envolvida, já existia norma jurídica contratual que as vinculavam, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual.

Portanto tem a responsabilidade civil contratual origem num contrato anteriormente ratificado entre as parte, e caso ocorra o descumprimento deste por alguma das partes contratadas é ferido diretamente o dever jurídico do negócio acordado. Configurando assim um ilícito contratual, gerando para a parte distratante o dever de indenizar a vítima pelos danos causado.

No caso da transgressão de um dever legal, ocorrendo a pratica de um ilícito penal fora dos negócios jurídicos, caracteriza uma responsabilização extracontratual, pois deve inexistir vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano, quando da prática da conduta danosa.

Quanto a culpa nessas duas espécies de responsabilidade, explica Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 60):

Na responsabilidade civil aquiliana, a culpa deve ser provada pela vítima, enquanto na responsabilidade contratual, ela é, de regra, presumida, invertendo-se o ônus da prova, cabendo a vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, restando ao devedor o *onus probandi*, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo de causalidade.

Outro fator relevante quanto a essa espécie de classificação da responsabilidade é a tendência de uma provável unificação entre as

responsabilidades contratual e extracontratual, fundamentada na teoria monista. Fundando-se no fato de que ambas se baseiam na culpa como elemento ensejador da reparação ou indenização, havendo, portanto uma espécie de culpa genérica. Contudo, o Brasil continua adotando a teoria dualista como se pode constatar nas atuais legislações e doutrinas (VENOSA, 2007).

Quanto ao fundamento, a responsabilidade se divide em subjetiva e objetiva, tendo a culpa como fundamento principal para tal classificação e elemento de obrigação ou não de reparar o dano.

Na responsabilidade subjetiva a culpa é pressuposto necessário para que haja a indenização do dano, pois a responsabilidade do agente só se dá mediante a comprovação de dolo ou culpa.

Dessa forma, explica Gonçalves (2013, p. 48):

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passar a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa.

Nesse sentido a responsabilidade subjetiva se ampara na teoria da culpa, na qual pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade.

Gagliano e Pamplona Filho (2010), nessa mesma linha de raciocínio, ensinam que a noção básica da responsabilidade civil, no que concerne a doutrina subjetiva, é o princípio de que cada um responde pela sua própria culpa. E por se caracterizar em fato constitutivo do direito de pretensão reparatória, sempre caberá ao autor o ônus da prova de tal culpa do réu.

Por outro lado, existem hipóteses em que não é necessária a comprovação da culpa, nesses casos estaremos diante da chamada responsabilidade civil objetiva. Dessa forma, Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 56-57) asseveram que:

Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.

A responsabilidade objetiva é justificada pela teoria do risco, teoria na qual é defendido que cria risco de dano para terceiro todo aquele que exerce alguma atividade. Sendo obrigado a reparar, mesmo sendo a sua conduta seja isenta de culpa (GONÇALVES, 2013).

O nosso atual código civil se filiou originariamente a teoria subjetivista, conforme é descrito no seu art. 186 “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito de outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No entanto a teoria objetivista não foi de todo descartada, pois há diversas disposições esparsas que a contemplam. Desta forma, podemos concluir que vige no Brasil uma regra dual de responsabilidade civil, tendo a responsabilidade subjetiva como regra geral coexistindo com a responsabilidade objetiva, atendendo ao dinamismo dos casos que são encontrados no ordenamento jurídico pátrio.

Para os fins deste estudo, se faz necessário um enfoque na responsabilidade civil extracontratual objetiva, visto que a responsabilidade civil dos pais pelos filhos menores é uma responsabilidade indireta e o art. 933 do CC/02 ressaltou que todas as modalidades de responsabilidade indireta são objetivas.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILICITOS PRATICADOS PELO FILHO MENOR

Como já fora abordado no capítulo anterior, o atual Código Civil, como regra geral, adota a teoria da responsabilidade subjetiva, que se trata da responsabilidade por ato próprio, no qual só responde pelo fato que lhe der causa, conforme está emanado no seu art. 186.

Entretanto, em alguns casos, o código civil permite a responsabilidade civil do agente por fato cometido por terceiro, ligado a si algum tipo de vínculo jurídico, contratual ou legal, trata-se, pois, da responsabilidade civil indireta.

Diz o art. 932 do CC-02:

São também responsáveis pela reparação civil:

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

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

III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

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 a concorrente quantia.

E ainda complementa o art. 933 do mesmo código: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa da sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referido”.

Assim, no que tange a responsabilidade por fato de terceiro, na responsabilidade civil dos pais pelo filho menor, Segundo Gonçalves (2013), não mais se admite a exoneração daqueles da obrigação de indenizar provando que não foram negligentes na guarda, pois, como já mencionado, o art. 933 do novo diploma dispõe que a responsabilidade dessas pessoas independe de culpa.

Nesses casos leva-se em consideração a posição da vítima, o prejuízo causado que deve ser reparado e o fato que os menores dificilmente tem como ressarcir a vítima com o seu próprio patrimônio.

Dessa forma, independente da capacidade de discernimento que o menor possui, podendo o mesmo, por exemplo, ter 4 anos ou de 17 anos de idade, vindo a causar prejuízo a outrem, objetivamente os pais serão responsabilizados.

Nesse sentido, Orlando Gomes e Afrânio Lyra, (*apud* Gonçalves (2013, p. 118), tem posicionamentos divergentes. Vejamos:

Orlando Gomes defende a tese de que, “se a responsabilidade do pai pressupõe a prática de ato ilícito pelo filho, isto é, ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, é lógico que não há responsabilidade paterna enquanto o filho não tiver capacidade de discernimento. Um menor de 4 anos não sabe o que faz. Se a outrem causa dano, não se pode dizer que agiu culposamente; se não há culpa, ato ilícito não praticou; se não cometeu ato ilícito, o pai não responde pela reparação do dano, porque a responsabilidade indireta supõe a ilicitude no ato de quem causa o prejuízo”.

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

A propósito, vale salientar que a responsabilidade paterna resulta no dever de guarda e proteção, e esta se torna de maior relevância quando o menor ainda não tem discernimento suficiente para distinguir o que é certo e errado, portanto essa fase de imaturidade e falta de discernimento, deve ser cuidadosamente orientada e vigiada.

No entanto, se o menor desprovido de discernimento praticar ato danoso, entretanto sem ter violado nenhuma norma preexistente, se convém que não há que se responsabilizar os pais desse menor, pois ensina Gonçalves (2013) que “não se compreenderia que os representantes do menor incapaz, culpados por presunção legal, continuassem “culpados” pela prática de um ato que ocasionou um prejuízo mas não vulnerou nenhuma norma jurídica.

Mas, no caso de o menor praticar ato objetivamente ilícito, objetiva também é a responsabilidade dos pais, porém foi desvinculada do atual código civil a ideia de

que o menor impúbere era sujeito inimputável, visto que a redação do art. 928 consagrou a responsabilidade jurídica do incapaz, vejamos:

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

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

Desta forma, temos que os pais são responsabilizados pelos atos ilícitos praticados pelos filho menor, no entanto, o menor também pode sofrer as consequências da responsabilização. Trata-se de uma responsabilidade subsidiária e mitigada, que ocorre somente quando os pais não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Nesse sentido, preceitua Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 196):

Pouco importando, pois, que se trate de menor absolutamente ou relativamente incapaz, se o seu representante não tiver a obrigação de indenizar (imagine que o pai esteja em coma, e o seu filho, órfão de mãe, haja ficado em companhia da avó idosa, ocasião em que cometeu o dano), ou for pobre, poderá a vítima demandar o próprio menor, objetivando o devido ressarcimento, caso haja patrimônio disponível.

No entanto o parágrafo único do art. 928, mitigando a regra anterior, ressalva que “a indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”. Trata-se de regra que tenta conciliar o interesse da vítima com a situação de hipossuficiência do incapaz, que não poderá ficar a míngua em virtude de sua responsabilização civil.

Deste diapasão, vale frisar que houve, por parte dos pais, o benefício da garantia prevista no parágrafo único do supra citado artigo, de forma que não poderá ser exigido deles indenização, se ficar comprometido o seu sustento ou o dos que dele dependam. Este entendimento restou consagrado na I Jornada de Direito Civil ocorrida em 2002, que lavrou o enunciado 39, *verbis*:

[...] a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa

humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do 7º dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade.

Adepto de tal entendimento e o vendo como um meio de atender ao princípio da dignidade da pessoa humana, sob a ótica processualista, ensina Humberto Theodoro (2010, p. 129):

É aceito pela melhor doutrina e prevalece na jurisprudência o entendimento de que a execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana. Não pode a execução ser utilizada como instrumento para causar a ruína, a fome, e o desabrigo do devedor e sua família, gerando situações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, quando os meios que dispuserem os pais forem insuficientes para indenizar a vítima sem reduzir a sua situação a penúria, o dever de ressarcir deve recair sobre o menor. Porém a falta de meios para indenizar não afasta dos pais a responsabilidade, nesse caso o que ocorre é a suspensão da exequibilidade de uma possível condenação.

Porém existe uma única hipótese em que o menor tem responsabilidade solidária com o pai pelo ato ilícito praticado pelo mesmo. Essa hipótese acontece quando há a emancipação do filho de 16 anos que passam a ser totalmente capazes.

No entanto, há ressalvas quanto a essa solidariedade. A mesma só se dá se a emancipação ocorrer por força legal, como exemplo pelo casamento. Já se a emancipação se dá pela voluntariedade do pai, esta não o priva da responsabilidade pelos atos ilícitos do filho menor, pois um ato de vontade não pode eliminar responsabilidade que provém da lei.

Nesse sentido, o código civil de 2002 preceitua em seu art. 942 que: “São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932”.

Valendo ressaltar que o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de que a emancipação do menor não refuta a responsabilidade dos pais (RTJ 62/108; RT 494/92).

Merece destaque o direito de regresso que tem aquele que indeniza a vítima. Pois aquele que paga uma dívida do qual não é titular exclusivo tem o direito de exigir do codevedor o *quantum* devido.

Assim, se é de ambos os pais o dever de guarda e proteção dos filhos, ambos tem que arcar com os dissabores da responsabilidade de indenização. Portanto, se um dos genitores quita integralmente a indenização, cabe a este o direito de regresso contra aquele que também é detentor da obrigação.

Vale ressaltar que, mesmo que a condenação se dê após completada a maioridade do menor que praticou o ilícito, este continua respondendo de forma subsidiária e mitigada.

É nesse sentido também o magistério de Paulo Nader (2010, p. 162):

Requisito também da responsabilidade indireta é a menoridade do filho a época em que praticou o ato. Se os efeitos danosos do ato se verificam posteriormente, quando o filho alcançou a plena capacidade de fato, a responsabilidade dos pais não se descaracteriza; igualmente se a sentença cível condenatória transitou em julgado já alcançada a maioridade.

E nesse mesmo entendimento pondera Rui Stoco (2004): “se os pais, isoladamente, satisfizerem a obrigação, não poderão valer-se da ação de regresso contra o filho, se esse for incapaz”, acrescenta-se que, incapaz ao tempo da prática do ilícito.

Outro ponto relevante é a responsabilidade por ato do a menor quando este não residir com o pai juntamente com a mãe. Nesses casos, quando há a separação judicial o responsável pelos atos do menor é aquele que detém a sua guarda. E se a guarda é compartilhada, ambos tem o exercício do poder família, e conseqüentemente respondem objetivamente pelos atos ilícitos do filho menor, diz Diniz (2009).

No entanto, se a guarda é unilateral, mas o outro genitor tem direito de visita, caso o menor pratique o ato ilícito quando estiver sob a guarda deste, dele também será a responsabilidade.

“Responde solidariamente pelo dano causado por menor a pessoa que, não sendo seu pai, mãe, tutor, tem, com encarregada de sua guarda, a responsabilidade da vigilância, direção ou educação dele ou, voluntariamente, o traz em seu poder ou

companhia”, decidiu o Supremo Tribunal Federal. (2 T., RE 76.876-MG, j. 16-11-1976, rel. Min. Leitoão de Abreu, DJU, 31-12-1976, p.11238.)

Se o menor estiver em companhia de outrem, que detenha o poder de vigilância, a responsabilidade civil objetiva será daquele a quem incumbe o dever de vigilância, conforme diz os artigos 932, IV e 933, ensina Diniz (2007)

E ainda a supracitada autora continua dizendo que, não é suficiente que o menor esteja sob o poder familiar dos pais, é preciso que viva em sua companhia e esteja sob sua vigilância, para que haja responsabilidade paterna ou materna.

Dessa forma entende a jurisprudência que o menor, no seu horário de trabalho numa oficina, apoderar-se de automóvel de terceiro, que ali foi deixado para conserto, causando prejuízo de elevada monta, o empregado será responsável pela reparação do dano. (RT, 748:272)

Estando o menor em estabelecimento de ensino, o art. 932, IV, do Código Civil, preceitua que a responsabilidade se transfere para o educandário.

3.1 A responsabilidade dos pais à luz dos tribunais

A jurisprudência brasileira tem entendimento pacífico quanto a aplicação do artigo 932, inciso I. E, mesmo na época da vigência do antigo Código Civil, quando o menor púbere era equiparado aos maiores de idade, já se decidiam pela responsabilização dos pais, quando estes, pelo fato da equiparação, queriam se isentar desta responsabilidade.

A responsabilidade paterna, como decorrente que é dos deveres do pátrio poder, não depende de ser, ou não, imputável ao filho. Assim, em nada influi que o menor de mais de 16 anos, nos termos do artigo 156 do Código Civil, esteja, para efeito do ato ilícito, equiparado ao maior, para efeito do ato ilícito, equiparado ao maior, ou, até, que esteja emancipado, por ato do pai, desde que a emancipação se revele como ato impensado, em face do ato ilícito do menor, acarretando a responsabilidade, quando não com fundamento no artigo 1.521, pelo menos em face dos princípios comuns do artigo 159. Em suma, o artigo 156 do Código Civil significa apenas que o menor com mais de 16 anos de idade é responsável, pessoalmente, pelos atos ilícitos; não afasta de modo algum, a eventual responsabilidade solidária dos pais. (1º TACSP, ADCOAS, 1982, nº 82.135)

Atualmente, como o Código Civil de 2002 passou a abordar a responsabilidade dos pais de forma objetiva, portanto as condenações se voltam para a responsabilização dos pais, que independe da apuração de culpa.

No entanto, surgem divergências quando os pais não residem sob o mesmo teto, pois se coloca em questão a obrigação de responsabilidade quando se está sob a “guarda” ou em “companhia”.

Em julgamento de uma apelação cível, o Tribunal de Justiça do Amapá entendeu que mesmo separados de fato, ambos os pais seriam responsabilizados pelo ilícito praticado pelo menor e justificou com o entendimento de que a separação de fato não afasta de ambos o poder familiar. Vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ATO DE FILHO MENOR - ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL - PAIS SEPARADOS DE FATO - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - PRELIMINAR REJEITADA - PODER FAMILIAR E AUTORIDADE SOBRE O FILHO MENOR - DANO MORAL E MATERIAL - PENSÃO MENSAL - TERMO FINAL - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) Férias constituem exceção legal ao princípio da identidade física do juiz, autorizando a prolatação da sentença por substituto; 2) **O “Poder Familiar”, mesmo na hipótese de separação dos pais permanece, não sendo razoável que um cônjuge, apenas porque separado do outro, possa se eximir integralmente da responsabilidade pelos atos de seu filho menor**, salvo em situações excepcionais, de nenhuma ingerência em sua criação; 3) **O reconhecimento da responsabilidade civil do pai por ato de seu filho menor não exclui, entretanto, a da mãe, ainda que separados de fato, eis que a autoridade sobre os filhos nem sempre implica proximidade física**; 4) Reconhecido o dano moral, o quantum indenizatório deve ser proporcionalmente fixado considerando a condição sócio-econômica da vítima, a capacidade econômica do ofensor, a natureza e extensão do dano, o grau de culpa do autor, não devendo a reparação, pois, exorbitar da adequação que nos ditam os expressivos julgados de nossos Tribunais Superiores; 5) A indenização, no caso de homicídio, consiste no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, bem como na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia – interpretação do art. 948 do Código Civil Brasileiro; 6) Consoante precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o termo final da pensão por morte é o da data em que a vítima completaria sessenta e cinco anos de idade, cujo montante, no entanto, deve ser reduzido pela metade depois da data em que ela atingiria vinte e cinco anos de idade; 7) Recurso parcialmente provido.(TJ-AP - AC: 254105 AP , Relator: Desembargador MELLO CASTRO, Data de

Julgamento: 24/10/2006, Câmara Única, Data de Publicação: DOE 3924, página (s) 14 de 12/01/2007) (Grifo nosso)

De modo diferente é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que caso isenta da responsabilidade solidária o pai, por este não deter a guarda e não habitar o mesmo domicílio do menor, responsabilizando, portanto, somente a mãe pelo fato desta estar com a guarda unilateral do menor. Vejamos a decisão jurisprudencial.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DE FILHO MENOR - PRESUNÇÃO DE CULPA - LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIEDADE, DO GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA - POSSIBILIDADE - NÃO OCORRÊNCIA IN CASU - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. I - Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano. II - A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção juris tantum de culpa e de culpa in vigilando, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, § único e 1.521, inciso I do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, § único e 932, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n. 6.515/77, este recepcionado no art. 1.579, do novo Código Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. III - No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de modo irregular e guardada sem qualquer cautela (fls. 625/626). IV - Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrido, é situação excepcional que **isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor**, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima. V - Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 777327 RS 2005/0140670-7, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 17/11/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2009) (Grifo nosso)

O fato de não haver proximidade física não deve ser motivo de isenção de responsabilidade de nenhum dos genitores. O laço sanguíneo independe de

distancia física, devendo ficar inerente ao detentor do poder familiar a função de educar, orientar e transmitir valores.

Nesse sentido o Código Civil de 2002 inseriu artigos inerentes a guarda compartilhada, e, mais precisamente, no art. 1.583, § 3º os legisladores impuseram a obrigação dos pais quando, prescreveu que: “A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.”

E complementou essa obrigação com a prescrição do art. 1589: “O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.”

Ficando, deste modo, muito transparente a intenção do legislador de fixar aos pais os limites do seu poder familiar, que independe da distância física e não se resume a ser somente genitor.

CONCLUSÃO

O instituto da responsabilidade civil consiste na aplicação de medida de obrigação de alguém a reparação do dano, seja moral ou patrimonial, causada a terceiros em decorrência de alguma ação ou omissão por ela praticado. Desta forma são elementos necessários para configuração da responsabilidade civil a conduta humana, o nexo de causalidade e a ocorrência de um dano ou prejuízo. Assim sendo, esse instituto consiste na própria ideia de justiça ao responsabilizar cada um pelos seus atos.

Diversas são as tipologias das formas de responsabilidade. No que se refere à responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos praticados pelo filho menores o Código Civil brasileiro atribui aos genitores a responsabilidade objetiva (artigo 933, CC/02).

Sabendo da responsabilidade que os pais têm de educar e orientar seus filhos, o que o torna responsáveis por eles, entrou-se no mundo jurídico a discussão sobre a (in)responsabilidade solidária dos pais, que não estão, ou detém a guarda desses, assim é dúbio os entendimentos dos tribunais sobre tal celeuma. O STJ sobre o caso isenta da responsabilidade solidária um dos genitores, que não detém a guarda e não habitar o mesmo domicílio do menor, responsabilizando, portanto, somente o outro genitor pelo fato deste com a guarda unilateral do menor. Já o Tribunal de Justiça do Amapá entendeu que mesmo separados de fato, ambos os pais seriam responsabilizados pelo ilícito praticado pelo menor e justificou com o entendimento de que a separação de fato não afasta de ambos o poder familiar.

Destarte, os genitores devem vigiar, proteger, educar e ensinar comportamentos adequados à um cidadão de bem, para que o filho menor aprenda a discernir o certo do errado e assim agir de forma que contribua para uma convivência pacífica e harmoniosa em sociedade, respeitando e não invadindo o direito de outrem. Os genitores devem se conscientizar que mais do que provedores financeiros, devem ser exemplos de dignidade para o menor, isto, independente de estarem convivendo ou não sob o mesmo teto.

Desta forma, como meio de impedir que o pai ou a mãe se esquivem da obrigação de que são detentores deve a responsabilidade civil pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, serem lhes imputada de forma objetiva.

A ruptura da estrutura familiar ou o fato dos genitores não mais estarem se relacionando harmoniosamente, não deve ser motivo de desobrigação de qualquer deles. Pois estes são os verdadeiros obrigados do dever de cuidar. Cuidado este que dever perdurar até o menor alcançar a maioridade.

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. v. 5. 22 ed. 2007.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Vade Mecum. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. v. 4. 8. Ed – São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil – Fontes Acontratuais das obrigações e Responsabilidade Civil**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. 7. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PENAFIEL, Fernando. Evolução histórica e pressupostos da responsabilidade civil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13110>. Acesso em 15 fev. 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, Por que me Abandonaste?. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SALOMÃO, Lidia. Enunciados das Jornadas de Direito Civil da CJF (incluídos enunciados da IV jornada). In: **Juris Way**, 23 out. 2006. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69>. Acesso em 09 mar. 2014

STOCO. Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 48. Ed. São Paulo: Editora Forense, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.