

A responsabilidade civil pelos atos dos menores de idade: comentários ao Recurso Especial n. 1.074.937/MA

Filipe Rodrigues GARCIA*

- Responsabilidade de quê?
- A responsabilidade de ter olhos quando os outros perderam.

– José SARAMAGO

RESUMO: Trata-se de análise feita ao Recurso Especial nº 1.074.937/MA, cujo objeto é a responsabilidade por ato ilícito cometido por menor incapaz. Nos termos do artigo 932, I, do Código Civil brasileiro, os pais respondem pelos atos dos filhos que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. O exercício da autoridade parental e a garantia da vítima serão apresentados como fundamentos do dever dos pais de reparar os danos causados por seus filhos. Partindo-se desses fundamentos, busca-se também nova abordagem do instituto do poder familiar, levando em consideração a mudança na concepção das famílias nos últimos anos. O desempenho da autoridade por outras figuras, como os avós, permitem reflexões em torno da responsabilidade sobre os menores que estão sob seus cuidados, principalmente no que pertine ao dever de reparar os danos causados. Acerca do fenômeno da responsabilidade civil, atenta-se para a grande preocupação com a vítima, merecedora de indenização pelos prejuízos sofridos. Sob esse aspecto, a possibilidade de atingir o patrimônio de terceiros, independente da caracterização da culpa, sinaliza a garantia dada ao ofendido.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; autoridade parental; ilícito causado por menor.

SUMÁRIO: Introdução; – 1. Fundamentos da responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados por seus filhos menores de idade; – 1.1. Considerações sobre a responsabilidade civil pelo fato de outrem; – 1.2. O exercício do poder familiar; – 1.3. A garantia da vítima; – 1.4. O exercício da autoridade e a garantia da vítima: a conjugação de dois fundamentos; – 2. Autoridade e companhia: pressupostos para o dever de indenizar dos pais?; – 2.1. A autoridade; – 2.2.1. Titularidade da autoridade parental; – 2.2.1.1. O afeto como vetor nas relações familiares; – 2.2.1.2. Os avós como autoridades constituídas sobre os netos; – 2.2. A companhia; – 2.3. Autoridade e companhia; – Conclusão; – Bibliografia.

ENGLISH TITLE: *Civil Liability for the Acts of Minors: Comments about REsp n. 1.074.937/RS*

ABSTRACT: *This study investigates the Recurso Especial nº 1.074.937 which is about a tort committed by their minor child. Under Article 932, I, of the Brazilian Civil Code, parents are liable for the acts of their children who are under their authority and in their company. The authority over the children and victim's guarantee will be presented as main parents' responsibility to repair the damage caused by their kids. The study also seeks a new approach to define family power, taking into account the recent change of family definition. The authority of other people related to the child, such as grandparents, brings some concerns about who has responsibilities over the minors, mainly related to the obligations of damage repair. Considering civil liability, it is important to compensate the victim for damages suffered. Being able to take part of the patrimony of any person responsible for the kid seems like a guarantee offered to the injured.*

* Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Civil das Faculdades Santo Agostinho de Sete Lagoas/MG.

KEYWORDS: Civil liability; parental authority; tort committed by minor.

CONTENTS: Introduction; – 1. Fundamentals of parents' responsibility in case of a tort committed by their minor child; – 1.1. Considerations about responsibility in case of a tort committed by others; – 1.2. The authority over the children; – 1.3. The victim's guarantee; – 1.4. The authority over the children and the victim's guarantee: two fundamentals for responsibility; – 2. Authority and companionship: conditions for parents' responsibility to repair the damage?; – 2.1. The authority; – 2.2.1. Holder of parents' authority; – 2.2.1.1. The affection guiding family relations; – 2.2.1.2. The grandparents as authorities over their grandchildren; – 2.2. The companionship; – 2.3. Authority and companionship; – Conclusion; – Bibliography.

Introdução

Rodrigo, dezessete anos, é filho de pais separados. Sua guarda foi deferida ao genitor e, desde então, passaram a morar em um condomínio no Estado do Maranhão; a mãe, por sua vez, mudou-se para o Rio Grande do Sul. No mesmo condomínio maranhense habitava também a avó paterna de Rodrigo. Em razão dos estreitos laços firmados com a avó, Rodrigo deixou a casa paterna e passou a coabitar com a progenitora.

Em certa data, ocorreu que o adolescente, munido de espírito aventureiro, surrupiou as chaves do carro da avó para participar de um “racha” com os amigos. A notícia logo veio: Rodrigo atropelara Emanuel, outro menor, causando-lhe politraumatismo craniano e levando-o à morte.

Os pais da vítima entraram com demanda indenizatória em face dos pais e da avó do ofensor, com base nos artigos 932, I, e 933, ambos do Código Civil de 2002. A defesa foi certa, alegando que tanto a mãe como a avó eram partes ilegítimas da ação. A mãe porque não detinha a guarda do menor¹ e, por consequência, não tinha meios de vigiar os atos do filho. A avó porque o artigo 932, I, imputa a responsabilidade exclusivamente aos pais quanto aos atos cometidos pelos filhos menores.

O Superior Tribunal de Justiça, em análise ao caso (Recurso Especial 1.074.937, 4^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, em 19/10/2009), decidiu pela responsabilidade objetiva e solidária de ambos os pais e da avó de Rodrigo, cabendo-lhes o pagamento pelas perdas e danos em favor dos pais da vítima.

¹ Nota: O uso da palavra “menor” para se referir aos sujeitos que ainda não alcançaram a maioria se faz, no presente trabalho, por sugestão da própria Lei Civil, objeto principal de estudo. Por certo, compreende-se que a Lei 8.069 de 1990 conferiu maior relevância a essa classe de vulneráveis, optando por denominá-los crianças e adolescentes, evitando, assim, a carga pejorativa trazida pela palavra “menor”. O uso do termo no presente trabalho serve, assim, unicamente para uma melhor remissão ao Estatuto Civil.

O estudo da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores perpassa por dois campos: o dever de indenizar o prejuízo e as relações familiares. No campo da responsabilidade civil, tem-se que a figura da vítima ganhou maior relevo, devendo-se perseguir, ao máximo, o ressarcimento do dano. Daí a mudança de todo o sistema da responsabilidade para conferir maior garantia à vítima quanto ao recebimento do crédito. Hoje conta-se com mecanismos como a responsabilidade objetiva, a flexibilização do nexo causal e o alargamento do conceito de dano.

No que tange ao dano causado por um menor, prediz a lei que a responsabilidade será dos pais, independente de culpa, conferindo à vítima a garantia de atacar o patrimônio dos representantes legais e a isenção de prova do elemento subjetivo em relação à conduta paterna.

O estudo da responsabilidade dos pais alcança também as relações de parentalidade. Afinal, necessário que se compreenda quem é o pai e por que ele responde pelos atos de seu filho menor. Sabe-se que, há muito, os critérios biológicos para definir a filiação se tornaram insuficientes. Os avanços tecnológicos e os rearranjos familiares tornaram as afirmações legais de paternidade ultrapassadas. A busca pela felicidade e o nascimento espontâneo das afeições calaram as normas, demonstrando que pai não é apenas aquele que participa da formação do embrião, mas aquele que exerce a função paternal.

Passa-se, então, a reconhecer a paternidade socioafetiva, fundada unicamente no afeto, sendo este o vínculo legítimo para o estabelecimento da filiação. O pai socioafetivo é aquele que, voluntariamente, exerce os deveres de autoridade, buscando com desvelo o pleno desenvolvimento – físico e psíquico – do menor. Vale mencionar, nesse sentido, as palavras de João Baptista Villela: “pai e mãe ou é por decisão pessoal e livre, ou simplesmente não o é”².

A abordagem sistemática do assunto traz a necessidade de conceber o Código Civil não como uma lei de princípios e valores individuais. Antes, busca-se por uma interpretação das leis ordinárias conforme a moldura constitucional, trazendo à tona princípios indispensáveis como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade (art. 3º, I), a igualdade (art. 5º, *caput*), a paternidade responsável (art. 226, §7º) e a proteção da criança e do adolescente (art. 227, §1º).

² VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 21, ano XXVII, 1979, p. 50.

Vale também considerar, de antemão, que a composição das leis, em geral, se deu em momento histórico que clamava por valores não necessariamente iguais aos atuais. Por isso a compreensão normativa deve ocorrer conforme os valores contemporâneos, esses absorvidos pelo próprio ordenamento vigente. Seguindo essa lógica, temas como a responsabilidade civil e as famílias merecem constante estudo, em razão do progresso tecnológico e da dinâmica social que admitem novos danos e novas relações assentadas na afetividade.

Ao que se percebe, a responsabilidade civil, bem como o direito de família se mostram como um caminho de travessia, cujo destino pode ser alterado pela correnteza. Vale lembrar, nesse contexto, as palavras de Riobaldo, em *Grande Sertão: Veredas*: “a gente quer passar um rio a nado, e passa: mas vai dar na outra banda é num ponto muito mais baixo, bem diverso do em que primeiro se pensou”³. As incertezas do futuro e a constante evolução humana faz com que as discussões que envolvem a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores apontem para uma solução que, não tarde, poderá ser superada.

1. Fundamentos da responsabilidade civil dos pais pelos ilícitos praticados por seus filhos menores

1.1. Considerações sobre responsabilidade civil pelo fato de outrem

Segundo a regra da responsabilidade civil, o sujeito causador de um dano responde pelos efeitos do ilícito praticado. Decorre desse entendimento a leitura do *caput* do artigo 927⁴ do Estatuto Civil que preconiza a responsabilidade direta do agente causador do dano, bem como a redação do artigo 942⁵ do mesmo diploma que trata da responsabilidade patrimonial daqueles que, por seus próprios atos, causarem a ofensa.

A concepção de responsabilidade direta quanto ao dano causado está intrinsecamente ligada à noção denexo causal. Se o sujeito causou um dano com sua própria conduta, justo seja ele próprio quem irá arcar com a reparação do dano. Nesse sentido, Antunes Varela assevera que: “A responsabilidade baseada em factos ilícitos (...) assenta sempre,

³ ROSA, João Guimarães Rosa. *Grande Sertão: Veredas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 35.

⁴ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁵ Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.

no todo ou em parte, sobre um facto da pessoa obrigada a indemnizar”⁶. Em igual raciocínio, Mario Julio de Almeida Costa lembra que:

Nos primórdios das instituições jurídicas da generalidade dos povos, o direito de vingança que a consciência coletiva reconhecera à vítima constituía o modo por que se operavam, ao mesmo tempo, a reparação do dano e a punição do seu autor. Tratava-se de uma reacção quase instintiva contra o mal sofrido, mais baseada na causalidade material, entre acção humana violadora da ordem jurídica e do dano, do que na intenção do agente⁷.

Existem exceções à responsabilidade civil direta, ou seja, admitem-se situações em que um sujeito possa responder pelo facto de outrem. Imputar a responsabilidade a terceiro que não o agente ofensor significa, para a vítima, garantia maior do recebimento das verbas indenizatórias, vez que o património do primeiro, não raro, supera o do segundo. Nas palavras de Alvino Lima:

Dentro do critério do exame do comportamento voluntário de uma pessoa, máxime de burburinho da vida moderna, perquirindo a existência ou não da culpa, não era e não é possível assegurar-se à vítima a justa reparação dos prejuízos sofridos. Ora, o problema da responsabilidade civil parece evoluir no sentido de examinar, preferencialmente, a posição da vítima, assegurando-lhe, o mais possível, a reparação dos prejuízos sofridos⁸.

Nessa margem, o legislador atual enumerou algumas hipóteses em que a responsabilidade recairá sobre terceiro e não sobre o agente que, diretamente, cometeu o ilícito. Algumas hipóteses estão previstas no artigo 932 do atual Código Civil, sendo elas: a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e companhia; a responsabilidade do tutor e do curador pelos atos dos seus pupilos e curatelados; a responsabilidade do empregador ou comitente pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele; a responsabilidade dos donos dos hotéis, hospedarias, casas ou

⁶ VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, 2 v. V.1, p. 527.

⁷ COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 4 Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 440.

⁸ LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo facto de outrem*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 26.

estabelecimentos para fins de educação pelos atos de seus hóspedes, moradores e educandos.

No que tange à responsabilidade dos pais pelos atos cometidos pelos filhos menores, percebe-se um grande esforço doutrinário e jurisprudencial no sentido de dar melhor tratamento ao tema. Os desafios são muitos e vão desde a compreensão da autoridade como fundamento ao dever de indenizar, chegando à análise da culpa do menor.

As previsões do artigo 932 já eram elencadas nos artigos 1.521 e 1.522 do Código Civil de 1916. Todavia, ao contrário do Estatuto atual que elegeu a responsabilidade objetiva, a lei revogada previa que os terceiros responsáveis deveriam ter concorrido com o autor do dano por culpa, conforme se lia no artigo 1.523: “(...) só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.”

Desse modo, o antigo Estatuto Civil exigia que a vítima provasse a culpa do responsável legal, de forma a deixar nítida a ausência da conduta diligente esperada. Essa diligência não se vislumbraria quando o responsável agisse com culpa *in eligendo* (ao escolher mal o seu preposto ou empregado, por exemplo) ou culpa *in vigilando* (ao deixar de realizar a boa guarda daqueles que estão sob sua proteção – filho, tutelado, curatelado, pupilo, etc).

Ante a dificuldade da vítima de provar a culpa dos responsáveis no incumprimento do dever de escolha (culpa *in eligendo*) ou de guarda (culpa *in vigilando*), passou-se a presumir o elemento subjetivo. Tratava-se de presunção relativa, ou *iuris tantum*, possível de ser afastada por aquele obrigado a indenizar, provando que agiu de forma diligente a fim de evitar o dano. O sistema da culpa, dessa forma, teve a sua dinâmica invertida: se antes cabia à vítima a prova desse elemento, agora restava ao imputável provar que agiu dentro dos padrões de conduta esperados, ou seja, sem culpa. Remete-se às lições de Maria Celina Bodin, que prediz:

(...) a complexificação social e a industrialização provocaram um salto no número cotidiano de acidentes, gerando danos injustos que, em virtude da incapacidade da vítima de provar a culpa do agente na produção do dano, ficavam irressarcidos. A insuficiência de um sistema de reparação calcado exclusivamente na noção de culpa *lato sensu* foi destacada de maneira pioneira por alguns juristas, que

buscaram a construção de outros mecanismos de imputação de responsabilidade que prescindissem do elemento subjetivo⁹.

Aos poucos, a discussão do elemento subjetivo perdeu relevância, de forma que as presunções relativas passaram a presunções absolutas. Assim, em alguns casos e de forma definitiva, o juiz concluía ter havido a culpa do ofensor e dispensava sua prova para fins de responsabilização. O início da discussão se deu por meio da súmula 341 do Supremo Tribunal Federal: “é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Com o tempo, estendeu-se o mesmo raciocínio às demais hipóteses de responsabilidade por ato de terceiro. São precisas as palavras de Anderson Schreiber sobre o fenômeno da presunção absoluta da culpa:

Para designar as presunções de culpa *iuris et de iure* já se invocou mesmo a expressão *ficções de culpa*. Isto porque tais presunções conduzem a efeitos idênticos aos da responsabilidade objetiva. Como registra De Cupis: “onde a ausência de culpa não pode ser provada, é evidente que se responde independentemente da culpa, não por culpa presumida”. Somente o apego formal à teoria da culpa justificaria a manutenção de tais hipóteses sob o manto da responsabilidade subjetiva. O direito, porém, veio gradativamente se livrando desta “farsa jurídica” na medida em que se expandiu a aceitação da responsabilidade objetiva¹⁰.

O enfraquecimento da culpa e a busca por um sistema de responsabilidade que favorecesse a vítima trouxe à tona a responsabilidade objetiva, aquela que prescinde da análise do elemento subjetivo, bastando à vítima a prova do dano e do nexos causal. Na lição de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloisa Helena Barboza, o atual Código Civil

deu um salto na evolução doutrinária e jurisprudencial cristalizada, considerando objetivas todas as hipóteses, além daquelas que, segundo a jurisprudência dominante, produzia efeito equivalente à

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 335.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 32.

teoria objetiva, na medida em que se rejeitava inteiramente a demonstração da ausência de culpa *in elegendo* ou *in vigilando*¹¹.

Consolidou-se, assim, no artigo 933 do Código Civil de 2002 que “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Logo, para que haja o dever de indenizar nas hipóteses do artigo 932, não é necessário que a vítima demonstre a culpa dos responsáveis, aplicando-se o sistema da responsabilidade civil objetiva.

Uma vez constatado que a responsabilidade por fato de terceiro é objetiva, importante compreender a imputação do dever de indenizar aos pais. Isso porque existem dois quadros delineados nessa hipótese: i) a situação em que figura o pai como autoridade sobre o menor causador do dano (nexo de imputação)¹²; ii) a conduta do menor ofensor. Muito embora a responsabilidade em relação aos pais seja objetiva, é necessária a prova da culpa referente ao ato praticado pelo menor¹³. Daí se falar, seguindo a doutrina de Álvaro Villaça, em responsabilidade objetiva impura:

A responsabilidade objetiva impura tem, sempre, como substrato a culpa de terceiro, que está vinculado à atividade do indenizador.

A responsabilidade objetiva pura implica ressarcimento, ainda que inexista culpa de qualquer dos envolvidos no evento danoso. Neste caso, indeniza-se por ato lícito ou por mero fato jurídico, porque a lei assim o determina. Nesta hipótese, portanto, não existe direito de

¹¹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. IV v. V.II.p. 831.

¹² Segundo Fernando Noronha, o nexo de imputação é o fundamento que atribui responsabilidade a uma determinada pessoa (NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, v. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993, p. 19).

¹³ Nesse sentido, Caio Mario leciona que “O Código Civil de 2002, ao contrário do Código e 1916, que simplesmente presumia a culpa dos pais, deduzindo-a do dever de vigilância, instruiu, expressamente, a sua responsabilidade objetiva (art. 933). Não cabe a defesa de que tomaram 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 provando a juridicidade do comportamento do filho” (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 6 v. V.6: Direito de Família, p. 422). Também José de Aguiar Dias: “A responsabilidade do pai pelos atos do filho se aplica a todos os atos ilícitos que pratique (...)”. (DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 750). E Sergio Cavalieri: “Não se olvide, entretanto, que objetiva é a responsabilidade dos pais, tutor, curador e empregador, e não das pessoas pelas quais são responsáveis. Em qualquer dessas hipóteses será preciso a prova de uma situação que, em tese, em condições normais, configure a culpa do filho menor, do pupilo, do curatelado, como também do empregado (...). O dispositivo em exame [art.932] deve, pois, ser interpretado no sentido de que, praticado o ato em condições de ser considerado culposo se nas mesmas condições tivesse sido praticado por pessoa imputável, exsurge o dever de indenizar dos pais, tutor, curador, empregador, etc., independentemente de qualquer culpa destes”. (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 206).

regresso, arcando o indenizador, exclusivamente, com o pagamento do dano¹⁴.

Desse modo, se a responsabilidade objetiva prevista em lei pressupor culpa de terceiro, fala-se em responsabilidade objetiva impura – visto que o elemento subjetivo está presente. Se, porém, a responsabilidade objetiva não se fundamentar na culpa de nenhum agente envolvido, fala-se em responsabilidade objetiva pura. Em suma, não se pode afirmar que o sistema da responsabilidade por ato de terceiro, tomado como um todo, seja puramente objetivo, visto que a culpa do ofensor deve ser provada para que a imputação recaia em terceiro. Responsabilidade objetiva impura, portanto¹⁵.

Assim, nas hipóteses de responsabilidade civil pelo fato de outrem, a vítima se desincumbirá do ônus de provar a culpa do imputável, seja pela guarda, seja pela eleição do preposto, mas deverá apontar a conduta culposa daquele que diretamente causou o dano. Isso porque se o aparente ofensor agiu dentro das normas jurídicas e com a diligência esperada, não há que se falar em ato ilícito, afastando o correspondente dever de reparar o dano pelo responsável legal. Do contrário, estaria a vítima locupletando indevidamente, visto que inexistiria causa jurídica para o ressarcimento.

¹⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura, algumas hipóteses de responsabilidade civil no Código de Processo Civil. *Revista do Advogado de São Paulo*, São Paulo, n. 44, p. 7-19, out. 1994, p. 7.

¹⁵ Outra discussão pertinente é se a responsabilidade do terceiro é direta (por ato próprio) ou indireta (por ato de terceiro). Sergio Cavaliere, enfrentando essa questão, sustenta: “Na realidade, a chamada *responsabilidade por fato de outrem* – expressão originária da doutrina francesa – é responsabilidade por fato próprio omissivo, porquanto as pessoas que respondem a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado e vigilância. Assim, não é muito próprio falar em fato de outrem. O ato do autor material do dano é apenas a causa imediata, sendo a omissão daquele que tem o dever de guarda ou vigilância a causa mediata, que nem por isso deixa de ser causa eficiente”. (CAVALIERI FILHO, Sergio, cit., p. 204). Alvino Lima também já sustentava o argumento defendido pelo autor mencionado ao dizer que a responsabilidade é direta por fato de terceiro. Isso porque o sujeito que materialmente causou o dano não é imputável por lei e, portanto, ao responsável caberia obrigação de impedir o fato (obrigação de vigilância) e, se não o fez, sua conduta foi de omissão (LIMA, Alvino, cit., p. 28).

Ocorre que, por força do artigo 933 do Código Civil vigente, a responsabilidade dos pais, tutores, curadores, empregadores, comitentes, donos de hotéis e educadores é objetiva. Portanto, não há mais espaço para analisar a conduta dos responsáveis. Se esses agiram mal na vigilância ou na eleição de preposto, nada disso tem relevância para o legislador. Quer dizer: a conduta culposa do responsável não tem mais espaço para debates desde a vigência do Código Civil de 2002. Desse modo, não se pode afirmar que o dano causado por outrem está diretamente ligado à conduta do responsável legal, sob pena de se admitir o retorno à responsabilidade subjetiva. Além do mais, pode haver situações em que o responsável usou de todos os meios possíveis para evitar o dano, não faltando com os deveres esperados de diligência. Ainda assim, por força de lei, deverá reparar o dano causado por seu representado. Por esse motivo, há quem afirme ser indireta a responsabilidade pelo fato de outrem. Nessa linha, o representante responde não por conduta própria, mas em decorrência de ato de terceiro. É esse o posicionamento de Jeovanna Viana, ao tratar da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores: “A qualificação da responsabilidade dos pais por culpa de outrem é, cada vez mais, combatida pelos juristas, que justificam a sua posição alegando que a causa do dano foi a própria conduta das pessoas obrigadas a pagar o prejuízo, que não tiveram a devida diligência e vigilância com seus filhos menores. Para que esta justificação esteja em consonância com a corrente subjectivista, é necessário que a culpa *in vigilando*, culpa *in educando* ou culpa *in eligendo* seja o critério de imputação desta responsabilidade, pois se a obrigação dos pais em reparar os danos estiver amparada no critério objectivo, com independência da culpa, não se pode falar em culpa própria ou mesmo acto próprio, mas sim de acto de outrem” (VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade Civil dos Pais pelos Actos dos Filhos Menores*. Renovar: Rio de Janeiro, 2004, p. 25-26).

Por fim, pertine questionar acerca do fundamento da norma que atribui a responsabilidade a terceiro, mais especificadamente, a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores. Afinal, por que são os pais aqueles a quem se imputa a responsabilidade? E ainda, por que essa responsabilidade independe de culpa?

Descobrir o fundamento da norma implicará compreender o seu real alcance. Assim, será possível averiguar se a responsabilidade se estende a terceiros, a exemplo dos avós, como foi o caso julgado pelo STJ.

1.2. O exercício do poder familiar

De acordo com Silvio Rodrigues, “o poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”¹⁶. Há que se ter em mente que o poder familiar, hoje melhor compreendido como autoridade parental¹⁷, não tem por foco os seus titulares (os pais). Antes, a família está centralizada na figura dos filhos, por serem sujeitos em desenvolvimento e, portanto, carecedores de maior cuidado. Nesse mesmo sentido, Caio Mário acentua que a estrutura do atual poder familiar

consagra, definitivamente, a ‘doutrina jurídica da proteção integral’, ao indicar que os interesses dos pais não se impõem aos dos filhos, reconhecendo-se a condição de sujeitos de direitos que a lei lhes atribui. Estamos diante de uma nova estrutura familiar marcada essencialmente pelas responsabilidades dos pais pelos filhos, pessoas em condições peculiares de desenvolvimento¹⁸.

Ao se falar em poder familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente deve sempre estar em mira, conforme acentua o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁹. Não sendo realizada a devida proteção do menor, caberá a suspensão ou até mesmo a extinção do poder familiar. Maria Celina Bodin de Moraes sinaliza a preocupação do Constituinte com os interesses da criança e do adolescente:

¹⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 356.

¹⁷ “Melhor que ‘poder familiar’, a expressão autoridade parental traduz uma gama de conjunturas que informam a caracterização de direitos e a assunção de deveres consecutórios, o que desconstrói, por assim dizer, a noção de ‘poder’ decorrente da terminologia indicada pelo Código Civil brasileiro em seu artigo 1.631”. (FACHIN, Luiz Edson. Do pater famílias à autoridade parental. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 112, jul. de 2011, p. 100).

¹⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva, cit., p. 422.

¹⁹ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O poder familiar é hoje concebido como um poder-dever posto no interesse exclusivo do filho e com a finalidade de satisfazer as suas necessidades existenciais, consideradas mais importantes, conforme prevê a cláusula geral de tutela da pessoa humana. Esse também é, não por acaso, o teor do art. 227 da Constituição, ao determinar ser dever da família assegurar, com *absoluta* prioridade, às crianças e aos adolescentes os direitos a: vida, saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária²⁰.

Há autores, a exemplo de Sergio Cavaliere Filho²¹, Tânia da Silva Pereira²² e José de Aguiar Dias²³, que apontam o poder familiar como fundamento da responsabilidade civil dos pais. São os genitores que, precipuamente, detêm o poder familiar, dele decorrendo uma série de deveres legais em prol dos filhos. Assim atesta o artigo 1.631 do Código Civil atual, em sua primeira parte: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; (...)”. No mesmo sentido, o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que “o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe (...)”. O artigo 1.634 do Código Civil, por sua vez, enumera os deveres decorrentes do poder familiar, dentre os quais se podem constatar os deveres de criação, de educação, de guarda e de manutenção do menor em sua companhia.

Ao que se percebe, o legislador conferiu aos pais a incumbência de proteger os filhos. Daí dizer que a responsabilidade dos pais se fundamenta na ideia de que aqueles que protegem os filhos do mal devem também evitar que esses causem algum mal. Uma vez que a presença dos pais deve ser incisiva a ponto de contribuir para uma boa educação de seus rebentos, esses irão refletir o aprendizado através de boas condutas. Se isso não

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2010, p. 447-448.

²¹ Segundo o autor: “Essa espécie de responsabilidade [dos pais pelos atos dos filhos menores], tem por fundamento o vínculo jurídico legal existente entre pais e filhos menores, o poder familiar, que impõe aos pais obrigações várias, entre as quais a de assistência material e moral (alimentos, educação, instrução) e de vigilância, sendo esta nada mais que um comportamento da obra educativa”. (CAVALIERI FILHO, Sergio, cit., p. 208).

²² Menciona a autora que “em decorrência do Poder Familiar (antigo Pátrio Poder) no que concerne aos filhos menores, os pais respondem por encargos e obrigações, inclusive eventuais prejuízos que possam causar a terceiros (...)”. Mais adiante, arremata: “quando se cogita da responsabilidade paterna tem-se em vista o inadimplemento real ou presumido dos deveres dos pais em relação aos filhos”. (PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 215-217).

²³ Diz o autor que “essa espécie de responsabilidade [dos pais perante os atos dos filhos menores], portanto, se relaciona intimamente com o exercício do poder familiar, e deve ser julgada em função desse dever, que impõe ao seu titular obrigações de conteúdo especial, notadamente no tocante à vigilância”. (DIAS, José de Aguiar, cit., p. 748).

ocorrer, a responsabilidade deve recair sobre quem ensinou e orientou, pois apenas esse tinha real condição de evitar o dano causado.

Para responder pelos atos dos filhos, o sujeito deve ser, antes de tudo, pai. A filiação deve restar caracterizada para que os efeitos jurídicos oriundos do poder familiar se repercutam. Logo, não se pode responsabilizar aquele que supostamente é o pai, mas quem, por declaração espontânea (escrita ou tácita) ou judicial o é. Vale ainda dizer que, quando o artigo 932, I, do Código Civil se refere aos pais, não restringe apenas aos biológicos, mas certamente alcança a todos aqueles que exercem a função de pai, ou, em outras palavras, aqueles que exercem a autoridade parental.

Melhor explicando, são os pais que devem cumprir com os deveres em favor do menor, esperando-se deles (e não de terceiros) o exercício da autoridade. Assim, se não houver o real cumprimento desses deveres por quaisquer motivos, seja porque o pai possui domicílio diferente do filho, seja porque o pai não possui tempo suficiente ou condições financeiras para manter-se constantemente presente na vida do filho, seja porque não nutriu afeto por seu rebento e o mantém distante, ainda assim a responsabilidade persistirá. Quer dizer que não há escusa para o não cumprimento dos deveres parentais e, por decorrência, não há escusa para a irresponsabilidade parental. Assim, se é pai, deve agir conforme os deveres atribuídos pela lei. Quer-se dizer que o exercício do poder familiar pode se mostrar efetivo ou potencial e, em ambos os casos, a responsabilidade sobrevirá a seus titulares, em caso de dano praticado pelo filho menor. Foi nesse sentido a decisão do Recurso Especial nº 1.074.937 ao afirmar que a mãe, mesmo sem a guarda do filho, também seria responsável pelos atos por ele praticados.

Afirma-se, pois, que o poder familiar, sendo fundamento para o dever de indenizar dos pais, se apresenta como nexos de imputação. O nexo de imputação nada mais é que a justificativa jurídica para a atribuição de responsabilidade a um sujeito²⁴. Aos pais é imputada a responsabilidade sobre os atos dos filhos em decorrência do poder familiar. Assim, o nexo de imputação só não poderá ser vislumbrado nos casos em que não houver paternidade ou maternidade configuradas. Para melhor compreender o raciocínio, pensa-se no seguinte exemplo: Márcio, amigo de Paula e André, resolve levar o filho menor do casal para um passeio de bicicleta sem a autorização expressa dos pais. Ocorre que, durante o lazer, o infante dirige sua bicicleta contra um pedestre, causando-lhe sérias escoriações. Nesse caso, de quem é a responsabilidade sobre os

²⁴ NORONHA, Fernando, cit., p. 19.

atos do menor? Numa análise precipitada, pode-se concluir que a responsabilidade será única de Márcio, por ter retirado o menor de casa sem a permissão dos pais, afastando deles a possibilidade de evitar qualquer mal. No entanto, o cenário merece melhor avaliação.

Por certo que a responsabilidade poderá ser imputada a Márcio que possuía, no momento do ilícito, a companhia do menor. No entanto, como não havia exercício de autoridade por aquele, não incorrerá nos termos do artigo 932, I, do Código Civil. Portanto, para que a vítima impute responsabilidade a Márcio, deverá fazer a prova da culpa *in vigilando*, demonstrando que o acompanhante faltou com os deveres esperados de vigilância. Assim porque é o exercício da autoridade parental que elege o genitor como responsável pelo dever objetivo de indenizar. Se o terceiro não passa de um acompanhante, sua responsabilidade será subjetiva, seguindo a regra do artigo 186 do Código Civil.

Ainda no que diz respeito ao caso narrado, o dever de indenizar poderá também ser imputado aos pais, visto que o nexa de imputação (autoridade parental) ainda se mostra presente. Repise-se: o nexa de imputação é o fundamento do dever de indenizar; é a razão jurídica para a atribuição de responsabilidade ao sujeito. O fato de os pais não presenciarem o instante do ato ilícito cometido pelo filho menor não lhes retira a autoridade parental, dada por lei. Assim, se a autoridade era efetivamente exercida ou não, pouco importa para fins de responsabilidade dos pais.

Em suma, Mário responderá subjetivamente, por força dos artigos 186 e 927, *caput*, do Código Civil. Como a ele não cumpria o exercício da autoridade parental, ausente estará o nexa de imputação do artigo 932, I, motivo pelo qual não se enquadrará nessa hipótese. Quanto aos pais (Paula e André), estes responderão por força dos artigos 932, I, e 933 do mesmo diploma civil. É a imputação legal, em razão dos deveres parentais, que coloca os genitores como garantidores dos atos dos filhos menores.

No que pertine à possibilidade de transferência dos deveres parentais, o poder familiar se caracteriza pela sua indelegabilidade, não podendo o pai transferir sua autoridade a outrem²⁵. Nesse sentido afirma João Andrades Carvalho que o poder familiar “não pode

²⁵ Caio Mario acentua que “a *pátria potestas*, como direito de família puro é ‘indisponível’ no sentido de que o pai não pode abrir mão dele; é ‘inalienável’, quer dizer, não pode ser transferido; é ‘irrenunciável’, e incompatível com a transação; é ‘imprescritível’, vale dizer, que dele não decai o genitor pelo fato de deixar de exercitá-lo. Somente pode perdê-lo o pai na forma da lei”. (PEREIRA, Caio Mario da Silva, cit., p. 423).

ser transferido, por vontade própria dos pais, para outras pessoas”²⁶. Significa que o genitor não pode criar uma figura substituta de si mesmo e atribuir a esta todos os deveres que lhe são imputados por lei, ainda que de forma temporária.

Admite-se a renúncia (delegabilidade permanente) ao poder familiar, apenas na hipótese de adoção. Assim, o genitor abdica de sua autoridade em prol de outro sujeito que a exercerá em função do menor. Desse modo, todos os deveres parentais são afastados do genitor renunciante e transferidos ao adotante. Em nenhuma outra hipótese se admite a renúncia do poder familiar.

Cumprе esclarecer que, embora a autoridade parental não possa ser delegada, o seu exercício pode ser dividido. Nesse mesmo sentido ensina João Andrades Carvalho:

Se é indivisível o pátrio poder [agora poder familiar], o mesmo não se pode dizer do seu exercício. No caso de pais separados e cujos filhos tenham a guarda deferida a terceiros, cinde-se o exercício do pátrio poder. Exercem-no parcialmente o pai e a mãe, em representando os filhos nos atos da vida civil. Exerce-o em parte o guardião, mantendo os menores sob sua guarda. Em tal hipótese, o pátrio poder em si não se divide. O que se divide é o seu desempenho, dividem-se incumbências²⁷.

Desse modo, é possível aventar que a ausência de coabitação dos pais não afasta o concomitante exercício do poder familiar por ambos. Antes, a autoridade existe independente da guarda sobre o menor, se extinguindo apenas nos casos explicitados em lei, como por exemplo a morte ou a emancipação. Implica dizer que o genitor sem a guarda do filho não deixa de exercer os atos de autoridade, continuando igualmente responsável pelos seus atos. Nesse sentido, Caio Mário alerta:

a separação judicial e o divórcio não implicam alteração do poder familiar, que, num como no outro caso, continua a ser exercido por ambos os genitores. No interesse do filho, para sua melhor assistência e educação, pode ser acordado entre os pais, ou determinado pelo juiz, que a um ou a outro seja atribuída a guarda do filho. Mesmo no caso de ser confiado a terceiros subsiste o poder familiar, de que somente decairá qualquer deles por decisão judicial devidamente fundamentada²⁸.

²⁶ CARVALHO, João Andrades. *Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder*. Rio de Janeiro: AIDE, 1995, p. 180.

²⁷ CARVALHO, João Andrades, cit., p. 181.

²⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva, cit., p. 424.

Também Silvio de Salvo Venosa pondera que “é certo que o cônjuge que não detém a guarda, tem na prática, os poderes do pátrio familiar enfraquecidos. O cônjuge, no entanto, nessa situação, pode recorrer

Por derradeiro, há que se observar que o poder familiar não pode ser erigido como fundamento único do artigo 932, I. Assim porque se quer evitar o risco de um retorno à análise da culpa, já afastada pelo artigo 933. O poder familiar está diretamente ligado ao cumprimento de deveres, mas não é o seu incumprimento que acarretará na responsabilidade civil. Nesse sentido alerta Aguiar Dias:

quando se cogita da responsabilidade paterna, tem-se em vista o inadimplemento real ou presumido dos deveres que ao pai corre em relação ao menor. Esses deveres são de duas ordens: a) assistência, que não é só a material, traduzindo na prestação de alimentos e satisfação de necessidades econômicas, mas também moral, compreendendo a instrução e a educação, esta no seu mais amplo sentido; b) vigilância.²⁹

A ideia a evitar é a de que, se o genitor não observou a norma a ele dirigida, cometeu um ilícito e deverá reparar o eventual dano surgido. Logo, se a educação não foi dada ou se a vigilância não foi prestada, a culpa seria de quem deveria tê-la dado ou prestado.

A remissão à culpa não atende aos anseios do legislador atual ao inscrever, no artigo 933, que a responsabilidade dos pais é objetiva. A desobediência à norma não deve ser pressuposto para se alcançar o dever de indenizar. Isso porque, mesmo havendo a boa educação e a boa vigilância, os pais não ficarão isentos do dever de ressarcir a vítima caso o menor pratique um ato caracterizado como ilícito civil.

Sendo assim, o poder familiar explicaria o porquê da eleição dos pais (ou quem quer que exerça sua função) como responsáveis pelos atos dos filhos: se eles criam, educam e vigiam, devem também afastar ou evitar o dano produzido pelo menor que está sob seus cuidados. No entanto, para embasar a objetividade da responsabilidade civil é necessário um novo fundamento: a garantia da vítima.

1.3. A garantia da vítima

O artigo 933 aponta como responsabilidade objetiva as hipóteses do artigo 932, dentre as quais está a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores que estão sob

ao Judiciário quando entender que o exercício direito do pátrio poder pelo guardião não está sendo conveniente” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 6 ed. São Paulo: Atlas: 2006, p. 322).

²⁹ DIAS, José de Aguiar, cit., p. 748-749.

sua autoridade e em sua companhia. Conforme já se mencionou, a superação do elemento culpa da análise da conduta dos pais seguiu a lógica de facilitar o ressarcimento da vítima. Sendo assim, aquele que sofre o dano causado por menor não mais tem o ônus de provar a má conduta do genitor (se deixou de vigiar ou educar seu filho), bastando apontar o ato ilícito praticado, o nexo entre a conduta e o dano e os efetivos prejuízos.

A objetivação da responsabilidade é fenômeno que encontra amparo nos valores erigidos pela Carta de 1988, em especial nos princípios da solidariedade (art. 3º, I) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

Acerca da solidariedade, tem-se que a sua concepção vai além da benevolência ou do altruísmo, realçando verdadeiro dever jurídico em torno do coletivo. Busca-se, por tal princípio, não a “exaltação do individualismo, mas um equilíbrio entre o homem e as instituições”³⁰.

Sua relevância pode ser constatada na Revolução Francesa, em que os valores da igualdade, liberdade e fraternidade já expressavam o desejo por uma sociedade distante das práticas egoísticas. A fraternidade nada mais é do que a solidariedade moderna, por conter a ideia de que os indivíduos devem se tratar como irmãos, cooperando mutuamente.

Nota-se que, nos quadros da responsabilidade civil objetiva, a solidariedade implica em repartir a indenização dos danos entre aqueles que estiveram, por algum motivo, ligados à causa do evento. Estando a vítima em estado de vulnerabilidade, aviltada em sua integridade psicofísica, não deve suportar grandes embaraços para receber a indenização. É essa a lição de Raquel Salles:

Cumprе salientar que, se o desenvolvimento da responsabilidade jurídica, em resposta à exigência de solidariedade social, ocorreu a partir da promoção da pessoa humana, tal responsabilidade, como numa via de mão dupla, revelou-se a forma mais fácil e justa, até hoje de tutelar a dignidade³¹.

³⁰ TAKOI, Sérgio Massaru. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 17, n. 66, jan/mar. 2009, p. 295.

³¹ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011, p. 61.

Ao lado do princípio da solidariedade, a Constituição Federal erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio coloca o ser humano como centro do ordenamento jurídico, de forma que suas relações existenciais ganhem mais relevância que as patrimoniais.

Cada ser humano deve ser respeitado no âmbito de sua existência e, para que isso seja possível, toda a sociedade deve cooperar para o ideal desenvolvimento e efetiva promoção de sua individualidade. A integridade psicofísica da vítima abalada com o dano deve ser prontamente restabelecida para que sua dignidade seja mantida. É o reconhecimento social da sua dignidade que fará com que a tutela seja eficaz. Nesse sentido é a lição de Pietro Perlingieri:

a solidariedade exprime a cooperação e a igualdade na afirmação dos direitos fundamentais de todos, não solidariedade restrita nos confins de um grupo, nem dissolvida na subordinação de cada um ao Estado: a solidariedade constitucional não concebe um interesse superior ao pleno e livre desenvolvimento da pessoa³².

Abandona-se, assim, o antigo paradigma do individualismo, propondo-se uma sociedade em que os indivíduos são “parte de um tecido social, mais ou menos coeso em que a interdependência é a regra e, portanto, a abertura em direção ao outro, uma necessidade”³³. A compaixão pelos interesses lesados da vítima e a busca pela sua reparação integral sinalizam a solidariedade social.

Assim, ante o dano causado por um menor, tem-se uma vítima desamparada. A proteção conferida pelo artigo 932, I, e 933 do Código Civil não se dá tão-somente com o afastamento do elemento subjetivo da responsabilidade civil, mas também com a indenização possível de ser buscada em patrimônio de terceiro. Isso porque não é regra a solvência do menor, atribuindo-se a responsabilidade aos pais com o fim de que a vítima tenha maior garantia patrimonial na reparação de seus interesses violados. O dever de indenizar dos pais nasce, assim, da necessidade de não fragilizar ainda mais a situação do sujeito vitimado pelo dano. Ora, se o ofensor não possui bens suficientes, nem sequer capacidade para gerir seus atos, que seja a responsabilidade atribuída aos seus representantes.

³² PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 462.

³³ MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da solidariedade*, cit., p. 241.

Erigir como fundamento da responsabilidade dos pais a garantia da vítima apenas revela o móvel legislativo quanto à objetivação do dever de indenizar e a maior facilidade do pagamento dos danos³⁴. Em outros dizeres, o fato de a vítima estar melhor amparada com a responsabilidade objetiva não fundamenta a imputação do dever de reparar o dano aos pais, especificamente.

Diante disso, a fundamentação do artigo 932, I, não pode se basear tão somente na garantia do ofendido, devendo ser conjugada com o exercício do poder familiar.

1.4. O exercício da autoridade e a garantia da vítima: a conjugação de dois fundamentos

Em sede conclusiva acerca dos fundamentos da responsabilidade objetiva dos pais pelos atos dos filhos menores, pode-se afirmar que tanto o exercício do poder familiar como a garantia da vítima devem ser levados em conta.

O artigo 932, I, do Código Civil, ao apontar os pais como responsáveis pelos atos dos filhos trouxe a lume o exercício do poder familiar. Aqueles que exercem autoridade sobre o menor e, por decorrência, possuem deveres de vigilância e educação, devem responder pelos ilícitos por eles praticados.

Conforme será melhor explanado adiante, o exercício do poder familiar nem sempre se dá pelos pais em razão da atual compreensão da família moderna. Assim, pode ocorrer que o avô crie e eduque seu neto; ou que o padrasto exerça a função paterna em relação ao menor órfão. Nessas hipóteses, possível é cogitar a extensão da responsabilidade objetiva em relação a quem efetivamente exerça o poder familiar, ou seja, aquele que age como autoridade perante o menor.

No que tange à responsabilidade dos pais independente de culpa, tem-se que seu fundamento está na garantia da vítima. Dizer que a responsabilidade não se ampara na culpa do responsável é isentar a vítima do ônus da prova no que tange ao elemento subjetivo, aumentando-lhe as chances de receber a indenização pleiteada. E não só isso. Ao atribuir a responsabilidade aos pais, a vítima fica melhor amparada em face da maior garantia patrimonial. Assim porque, via de regra, o menor de dezoito anos não

³⁴ Como defensores da garantia da vítima como fundamento da responsabilidade parental estão Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes ao afirmar que: “O fundamento da responsabilidade dos pais é, hoje, o de se garantir ressarcimento à vítima”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de, cit., p. 830).

possui bens que possam servir de pagamento das perdas e danos, enquanto a solvência dos pais se mostra mais provável.

Em suma, resta concluir que os artigos 932, I, e 933 do Código Civil permitem dois questionamentos: por que o legislador elegeu os pais como responsáveis pelo dever de indenizar? E por que a responsabilidade foi reputada por objetiva? Ao responder as duas questões, entende-se que a responsabilidade civil possui dois fundamentos, quais sejam, o exercício da autoridade parental e a garantia da vítima.

Uma vez feitas essas considerações acerca do fundamento do dever de indenizar atribuído aos pais, cumpre buscar maior compreensão sobre a parte final do artigo 932, I. Nela o legislador impôs como requisitos à responsabilidade parental o fato de o rebento estar sob a autoridade e em companhia dos pais, situações que merecem detida análise.

2. Autoridade e companhia: pressupostos para o dever de indenizar dos pais?

Depois de verificado que a autoridade se mostra como um dos fundamentos da responsabilidade por ato ilícito cometido por menor, resta compreender a exata compreensão dos termos “autoridade” e “companhia” apresentados como requisitos cumulativos ao dever de indenizar dos pais, conforme apregoa o artigo 932, I, do Código Civil.

2.1. A autoridade

Segundo o Dicionário da Língua Portuguesa, autoridade significa “direito legalmente estabelecido de se fazer obedecer”,³⁵

A autoridade familiar, durante muito tempo, comportou a ideia de autoritarismo. Não poderia ser diferente uma vez que, em razão da influência religiosa, o homem era considerado o representante de Deus no lar. A ele, então, era entregue o poder para dar ordens sobre os demais membros da família. Nesse sentido era a *pater potestas* romana que erigia o sexo masculino como o transmissor das leis eclesiásticas:

³⁵ Dicionário Priberam. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/DLPO>>. Acesso em 06 de junho de 2016.

Os poderes outorgados ao *pater familias* não se justificavam, tão-somente, no fato de ser ele o homem forte, provedor e protetor do grupo, mas, antes, na sua condição de sacerdote, o herdeiro do lar, e continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda a religião reside nele³⁶.

Ter autoridade significava, naquele contexto, ter o poder de comando, de decisão e de interferir na liberdade de cada componente do seio familiar. A esposa não tinha qualquer destaque, sendo a sua situação agravada pela dependência financeira do cônjuge varão, vez que a sua exclusão do mercado de trabalho não lhe permitia outro papel que não o de dona do lar.

No Brasil, o Código Civil de 1916 trouxe o instituto do pátrio poder, não se distanciando muito da concepção romana no *pater potestas*. A redação original do artigo 380 do antigo Código Civil assim previa: “durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família e, na falta ou impedimento seu, a mulher”. O diploma importou a noção de que à figura masculina era conferida a chefia do lar.

Apenas com a Constituição Federal de 1988 é que a mulher foi equiparada em direitos aos homens. Assim ficou expresso no parágrafo 5^a do artigo 226: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Desde então a mulher deixou a sua condição de subalterna frente à lei e passou a figurar como autoridade ao lado do marido.

Em 1990, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069), reconheceu-se a igualdade conjugal insculpida na Constituição, conferindo exercício indistinto do pátrio poder a ambos os genitores:

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.

A mudança axiológica proposta pela Carta da República influenciou na leitura do direito das famílias e, por decorrência, conferiu novo tratamento ao pátrio poder. A visão solidarista nas relações familiares, a preocupação com a criança e com o

³⁶ SILVA, Marcos Alves. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.25.

adolescente e a centralização das situações jurídicas na pessoa humana ruíram com o caráter despótico que o pátrio poder carregava em suas origens.

Conforme já foi tratado, o cenário familiar passou a ser centralizado nos filhos. O pátrio poder, desse modo, passou a ser compreendido como um instrumento para atender ao melhor interesse da criança e do adolescente. Diante da concepção moderna de família democrática, os pais passaram a ocupar um papel de orientadores e educadores, com o compromisso de levarem os filhos a um caminho de consciência dos próprios atos. A autoridade, nesse novo contexto, despe-se das suas vestes autoritárias para se apresentar como uma função a ser exercida em favor dos menores, levando em conta, primordialmente, o diálogo. Nessa toada, ensina Gustavo Tepedino:

Assim, a relação entre pais e filhos apresenta-se, na atualidade, como processo dialógico, que substitui o anterior estado de subordinação no qual o filho figurava como sujeito passivo de mecanismo autoritário – estático e unilateral – de transmissão de informações. Torna-se indispensável, portanto, que a relação parental seja examinada em seu perfil dinâmico, no âmbito do processo educacional, de modo a que os filhos possam, aos poucos, libertar-se da vulnerabilidade inerente ao natural *déficit* de maturidade que lhes é característico, decrescendo-se, progressivamente, em consequência, o grau de intervenção dos pais sobre seu discernimento e sua vontade, supridos, em intensidade variada, durante a incapacidade³⁷.

O Código Civil de 2002, visando a uma concepção mais próxima dos princípios constitucionais, alterou a expressão “pátrio poder” para “poder familiar”. O propósito era desvincular a autoridade como sendo exclusiva do pai, conforme sugeria a palavra “pátrio”. Ao denominar o mesmo instituto como poder familiar, sugestiona-se que a sua titularidade passa a ser ocupada também pela mãe, em igualdade de condições.

Ainda assim, críticas não faltaram à expressão poder familiar. Isso porque, mesmo não havendo mais o tratamento discriminatório entre os cônjuges com a alteração da palavra “pátrio” para “familiar”, a palavra “poder” ainda remete a uma falsa ideia do instituto:

Decerto, poder familiar é mais adequado que pátrio poder, embora ainda não seja a expressão mais recomendável. Poder sugere autoritarismo, supremacia e comando, ou seja, uma concepção diferente do que o ordenamento jurídico pretende para as relações

³⁷ TEPEDINO, Gustavo. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias, cit., p. 417.

parentais. Já familiar não sugere que sua titularidade caiba apenas aos pais, mas que seja extensivo a toda a família³⁸.

Tendo por base essa crítica, propõe-se nomear o instituto como autoridade parental, buscando afastar, de vez, a ideia de autoritarismo sugerida pela palavra poder:

Com efeito, parece-me que o conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro. "Parental" destaca melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar, de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade. O termo "paternal" sofreria a mesma inadequação do termo tradicional³⁹.

Atenta-se para o fato de que a concepção de autoridade deve ser moldada aos novos princípios constitucionais, notadamente os princípios da solidariedade, melhor interesse da criança e do adolescente e dignidade da pessoa humana. Do contrário, vincular-se-ia facilmente a autoridade à estrutura formada por um sujeito que manda e outro que simplesmente cumpre ordens. Deve-se ter em mente, pois, que a autoridade tem a função de cuidado e assistência para com o menor. Logo, o instituto não existe para os pais e sim para os filhos.

Guilherme Calmon, nesse contexto, acentua a importância dada à criança e ao adolescente principalmente após a Constituição de 1988:

De relevo registrar que atualmente, independentemente do tipo de vínculo (ou mesmo da ausência de vínculo) existente entre os pais de crianças e adolescentes, a concepção predominante em temas afetos à proteção da pessoa dos filhos menores (e maiores incapazes) somente pode ser "infantocrista" com a consideração da subjetividade das crianças e dos adolescentes, como titulares de direitos fundamentais, inclusive e principalmente no âmbito das relações jurídicas de Direito de Família⁴⁰.

Tomando por base a construção de um instituto protecionista em relação aos filhos, a autoridade parental deixa de focar na figura de seus titulares originais (pai e mãe) e volta toda a atenção à criança e ao adolescente. É tão verdade que o artigo 227 da

³⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.5.

³⁹ LÓBO, Paulo. Do poder familiar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 198.

Constituição da República atual assegura direitos fundamentais do menor não só em relação aos pais, mas a toda família, ao Estado e à sociedade.

2.2.1. Titularidade da autoridade parental

2.2.1.1. O afeto como vetor nas relações familiares

No Capítulo V, Seção II do Código Civil, o legislador, ao tratar do exercício do poder familiar, prevê a competência dos pais para o cumprimento dos deveres parentais. Logo, por força do artigo 1.634, são os pais os titulares do poder familiar (ou autoridade parental). Explica Fernando Campos Scaff que a titularidade da autoridade atribuída aos pais decorre da própria natureza humana:

Incumbe aos pais a criação dos filhos. Essa norma que nos animais se exterioriza, por exemplo, nos comportamentos que se dirigem a prover a alimentação, a criar situações que amenizem as rudezas do clima ou que aumentem as chances de sobrevivência dos recém-nascidos em relação aos riscos impostos pelos seus predadores naturais, sofisticada-se na espécie humana⁴¹.

A questão que não é facilmente respondida, mas que precisa ser enfrentada é: quem são os pais?

Inicialmente, cumpre esclarecer que a relação de paternidade surge a partir de uma filiação reconhecida. Sendo esse reconhecimento espontâneo e registrado em cartório, a relação de parentalidade ganha eficácia jurídica. No entanto, não havendo a espontaneidade por parte dos pais, caberá a aplicação de presunções admitidas pelo direito, conforme lembra Paulo Lôbo⁴²:

- a) Presunção *pater is est quem nuptia demonstrant*, que atribui paternidade ao marido da mãe.
- b) Presunção *mater semper cert est*, que atribui a maternidade à mulher que ostenta a gravidez.

⁴¹ SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In: Silmara Juny de Abreu Chinellato; José Fernando Simão; Jorge Shiguemitsu Fujita; Maria Cristina Zucchi. (Org.). *Direito de Família no Novo Milênio*. São Paulo-SP: Atlas, 2010, p. 571-582.

⁴² LÔBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198.

- c) A paternidade atribuída ao pai que manteve relações sexuais com a mãe no período da concepção.
- d) A presunção *exceptio plurium concubrtium*, que afasta a presunção anterior, quando a mãe tiver relações com mais de um homem no período da concepção.

O Código Civil, em seu artigo 1.597, traz duas outras presunções tradicionais: a presunção de paternidade do marido em relação aos filhos concebidos cento e oitenta dias após o início da convivência conjugal e a presunção em relação aos filhos concebidos até trezentos dias após a dissolução da sociedade conjugal.

No âmbito das presunções, o critério biológico para dirimir as dúvidas oriundas da paternidade passou a não mais se sustentar frente às novas tecnologias (principalmente os exames de DNA) e diante da alteração das unidades familiares. As presunções tornaram-se insuficientes, clamando por um novo olhar sobre as relações entre pais e filhos. Assumindo essa tendência, João Baptista Villela suscita a desbiologização da paternidade, reconhecendo no afeto o verdadeiro critério para se definir a relação de parentalidade:

(...) há um nascimento fisiológico e, por assim dizer, um nascimento emocional. É neste, sobretudo, que a paternidade se define e se revela. O primeiro se resolve, em rigor, numa proposta, só depois de cuja aceitação surge verdadeiramente a paternidade⁴³.

Partindo dessa concepção, o legislador civil de 2002 assumiu, no artigo 1.593, a possibilidade de haver parentesco não só consanguíneo, como também de outra origem. Nesse último, passa-se a reconhecer a relação de parentalidade a partir da socioafetividade. Esclarece Heloisa Helena Barboza:

A doutrina e a jurisprudência atuais entendem que o parentesco “natural”, resultante da consanguinidade, é o parentesco biológico ou genético, e o “civil”, resultante de “outra origem”, é o socioafetivo, compreendendo a adoção e a filiação oriunda de técnicas de reprodução assistida heterólogas, vale dizer, naquelas em que haja participação de doador de material fecundante estranho ao casal. O

⁴³ VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*, Op. Cit., p. 50.

parentesco civil constitui uma ficção jurídica, na medida em que é criado pela lei.⁴⁴

O afeto, assim, deixa a esfera privada e passa a integrar a esfera pública, configurando-se como elemento hábil a orientar a paternidade. Nasce a partir de uma espontânea ação daquele que, não tendo oferecido material genético para a concepção de determinado sujeito, trata-o como se seu filho fosse. São as hipóteses, por exemplo, de adoção e inseminação artificial heteróloga, ambas tratadas pelo Código Civil nos artigos 1.596 e 1.597, V. Importa dizer que não é apenas o mero sentimento de afeto que configura a paternidade, e sim o exercício voluntário dos deveres parentais que envolvem os cuidados para com o rebento.

Reconhece-se, dessa forma, a paternidade amparada em critério puramente espiritual, qual seja, a vontade de ser pai. Não necessariamente aqueles que doaram os gametas formadores do embrião serão considerados genitores, mas o serão se a relação estiver assentada no afeto, na convivência, no trato. Nos dizeres de João Batista Villela: “ser pai ou ser mãe não está tanto no fato de gerar quanto na circunstância de amar e servir”⁴⁵.

O forte vínculo afetivo permite que não só o menor reconheça a figura paterna, como toda a sociedade também a perceba. Logo, não se pode mais restringir as relações de parentalidade àquelas atestadas pelo sangue ou por uma sentença judicial (no caso da adoção). Endossa João Batista Villela:

A consangüinidade tem, de fato e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade. Não é a derivação bioquímica que aponta para a figura do pai, senão o amor, o desvelo, o serviço com que alguém se entrega ao bem da criança. [...] A verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen⁴⁶.

Nessa toada, a autoridade parental será exercida pelo pai socioafetivo (seja ele o biológico ou não), aquele que invoca para si a paternidade, atuando em prol do menor. Logo, o fato de ser pai genético não necessariamente leva à autoridade parental, assim como a autoridade pode bem ser exercida por quem não seja o pai biológico.

⁴⁴ BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 9, p.31-42, abr./ maio. 2009, p. 31.

⁴⁵ VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*, cit., p. 47.

⁴⁶ VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*, cit., p. 57.

Reconhecer a paternidade socioafetiva implica trazer uma releitura à autoridade parental. E isso porque os deveres parentais não estão presos à figura dos genitores biológicos, podendo ser exercidos por outros sujeitos. Em outros dizeres: é pai quem, de fato, desempenha a função de pai.

Importa esclarecer mais: o pai afetivo exerce a autoridade porque assim desejou. Já o pai biológico, por decorrência legal, tem o dever de proteção para com o menor; vale dizer, a ele são imputados os deveres parentais, cabendo-lhe o exercício obrigatório da autoridade. Quer-se dizer que o afeto permite o exercício da autoridade, mas a ausência de afeto pelo pai biológico não o desonera de suas obrigações, exceto nos casos de extinção ou suspensão involuntárias da autoridade.

2.2.1.2. Os avós como autoridades constituídas sobre os netos

Seguindo a mesma linha de raciocínio, pode-se pensar também nas relações entre avós e netos e o estreito vínculo formado entre eles. A presença dos progenitores na educação dos netos muitas vezes se mostra incisiva, de sorte que o menor passa a reconhecê-los como verdadeiras autoridades. Não raras são as situações em que avós e netos coabitam no mesmo lar ou, ainda, netos que moram com os avós, por permissão dos pais. Os progenitores, naturalmente, evocam as atribuições parentais e auxiliam os pais no cumprimento dos seus deveres.

Para dar melhor realce ao tema, imagine-se o seguinte cenário: Abel é fruto único do relacionamento entre Adão e Eva, ambos casados. Ocorre que Pôncio, avô paterno de Abel e viúvo há dez anos, reside na casa ao lado do domicílio do neto e de seus pais. A proximidade física faz com que avô e neto se encontrem diariamente e estreitem os laços de afetividade. Assim, o progenitor é quem passa a auxiliar Abel com as tarefas da escola, leva-o para os cursos extracurriculares, participa da reunião de pais e o orienta na vida espiritual. Os pais, pouco ativos na formação do filho em razão das respectivas profissões, permitem a interferência avoenga, conferindo-lhe autoridade para conduzir a vida pessoal do neto. Em razão do efetivo papel ocupado pelo avô, todos os vizinhos, os diretores das escolas, o representante da Igreja e os amigos do clube reconhecem a influência e a autoridade que aquele representa na vida do neto. Dessa forma, muitos se dirigem diretamente a Pôncio para tratar dos assuntos referentes a Abel, antes mesmo de procurarem os pais.

O caso narrado, embora fictício, não está distante da realidade das famílias brasileiras. O compartilhamento da autoridade parental com os avós sinaliza a dinâmica das relações familiares em que os filhos passam a maior parte do tempo com terceiros, mantendo contato com os pais apenas no período noturno ou nos finais de semana. Em razão da forte presença dos progenitores na vida dos menores, já existe a possibilidade daqueles pleitearem o direito de visita, conforme prescreve o artigo 1.589, parágrafo único do Código Civil⁴⁷.

Sendo realizado o exercício do poder familiar por terceiros (sejam os pais afins, sejam os avós), possível é sustentar a responsabilidade civil objetiva destes em relação ao menor causador do dano. Isso porque não é a paternidade, por si só, que gera o dever de indenizar pelos atos dos filhos, mas o exercício da autoridade em relação a estes. Se terceiro age na função de pai, cumprindo espontaneamente os deveres da relação de parentalidade, certo lhe seja imputada a responsabilidade sobre eventuais ilícitos cometidos pelo menor.

Nesse sentido julgou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.074.937 ao sustentar que “em relação à avó, com quem o menor residia na época dos fatos, subsiste a obrigação de vigilância, caracterizada a delegação de guarda, ainda que de forma temporária”. No caso descrito no mencionado Recurso Especial, o adolescente passou a residir com a avó após a separação dos pais e, tendo pegado as chaves do carro de propriedade daquela, causou um acidente que resultou em atropelamento e morte da vítima. Foi imputada a responsabilidade objetiva à avó, por força dos artigos 932, I, e 933 do Estatuto Civil, sem afastar a responsabilidade objetiva e solidária dos pais. Percebe-se que, no caso em questão, foi reconhecido o exercício da autoridade parental pela avó que recebeu a guarda temporária do neto. Acertadamente, o Tribunal Superior imputou-lhe responsabilidade, sem, no entanto, afastar a dos pais. O desacerto da decisão, no entanto, esteve em considerar como fundamento da responsabilidade civil da avó não o exercício da autoridade parental, mas a delegação temporária da guarda.

O instituto da guarda pressupõe a autoridade e dela decorre, mas não deve ser elemento suficiente para caracterizar a responsabilidade civil objetiva. Isso porque é possível ter autoridade e não ter a guarda e, ainda assim, subsistirá a responsabilidade objetiva mencionada no artigo 932, I do Código Civil.

⁴⁷ Art. 1.589. 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.
Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente.

Embora tenham sido dados os exemplos dos pais afins e dos avós, é possível cogitar o exercício de autoridade por outras figuras, tendo elas relação de parentesco ou não com o menor. Configurar-se-á a autoridade o exercício espontâneo dos deveres parentais, denotando indiscutível relação de cuidado em prol do menor. Os efeitos jurídicos, dessa sorte, serão na mesma linha já exposta: responsabilidade objetiva da autoridade pelos ilícitos cometidos pelo menor.

2.2. Companhia

Inicialmente, cumpre esclarecer que companhia não se confunde com guarda⁴⁸. A guarda sempre pressupõe autoridade, enquanto a companhia pode existir independente de autoridade sobre o menor. Não obstante haver diferença entre um instituto e outro, João Andrades Carvalho atenta para o fato da comum confusão que se faz entre guarda e companhia, principalmente em razão do artigo 1.634. II do Código Civil⁴⁹:

Do modo como se encontra redigido, o dispositivo legal induz à ideia de que “companhia e guarda” são palavras de significado idêntico, quando assim não é. A matriz do equívoco reside no emprego do conectivo “em” apenas uma vez, diante do substantivo “companhia”, permitindo assim a sua elipse diante do substantivo “guarda”.⁵⁰

De fato, quando o legislador diz que é dever dos pais manter os filhos em sua companhia e guarda permite uma confusão gramatical, visto que não se tem alguém “em guarda”, mas “sob a guarda”. Certo seria que a redação fosse “tê-los em sua companhia e sob sua guarda”, sugerindo, através do uso correto da preposição, que companhia e guarda são institutos que se diferenciam.

Curiosamente, o artigo 932, I, do Código Civil prevê que respondem os pais pelos atos dos filhos menores que estiverem sob a sua autoridade e em sua companhia. Percebe-se que o legislador não utilizou a guarda como pressuposto para a responsabilidade paterna, tendo citado apenas a companhia ao lado da autoridade. Daí decorrem duas

⁴⁸ Pontes de Miranda, na contramão, parece tratar os dois institutos como similares: “Para que ambos os pais sejam responsáveis pelos atos dos filhos é preciso que o filho esteja sob o poder e em *companhia* deles. O elemento de ligação é a *guarda*: se a guarda é indevida, ou quem devia guardar o menor não no guarda, ligado fica quem o devia guardar e não o guardou, ou confiou, ou aquiesceu na guarda por outrem. É possível que guardador efetivo também fique responsável (MIRANDA, Pontes de, cit., p. 181).

⁴⁹ Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
(...)

II - tê-los em sua companhia e guarda;

⁵⁰ CARVALHO, João Andrades, cit., p. 141.

possíveis conclusões. Primeira: se guarda e companhia são termos idênticos e dizem respeito ao mesmo instituto, então ao mencionar a companhia, no artigo 932, I, o legislador estava se referindo também à guarda. Segunda: companhia e guarda são institutos diferentes e a guarda não é requisito para configurar a responsabilidade dos pais pelos ilícitos praticados pelos filhos menores.

Não obstante a confusão gerada pelo legislador, defende-se que companhia e guarda são termos inconfundíveis, afastando a primeira possível conclusão. Para João Andrades Carvalho, “estar em companhia de alguém significa ter alguém junto a si”⁵¹. Aguiar Dias complementa: “viver na companhia do pai quer dizer: que se abrigue no mesmo teto, que permaneça na casa paterna, possibilitando a vigilância do pai, o que se supõe naturalmente, a capacidade do pai de exercê-la”⁵². Corroborar Kátia Regina Maciel: “a companhia diz respeito ao direito de estar junto, convivendo com o filho, mesmo sem estar exercendo a guarda”⁵³.

Conforme se observa da doutrina colacionada, companhia é um termo que se refere ao contato físico entre pai e filho. Tem a companhia o pai que mantém o filho por perto, exercendo o dever de cuidado constante sobre o menor. A companhia pode ocorrer independentemente da guarda, a exemplo do pai que, não sendo guardião do filho (guarda unilateral mantida com a mãe), exerce o seu direito/dever de visita.

À margem da relação de parentalidade, a companhia pode ser exercida por terceiros: a babá que passa o dia com a criança, o tio que leva o sobrinho menor para um passeio, o amigo que recebe o filho dos vizinhos durante o final de semana, etc. Percebe-se que, nesses casos, embora haja companhia, não se pode afirmar a existência da guarda e, tampouco, da autoridade. A companhia, assim, não depende de tais institutos, se apresentando como uma situação fática de convivência.

A companhia que decorre do poder familiar atrai os deveres do artigo 1.634 do Código Civil, bem como do artigo 22 do ECA e do artigo 229 da Constituição Federal. Se, todavia, a companhia não estiver atrelada a uma relação de autoridade, não haverá incidência de deveres específicos. Não significa, porém, que aquele que possui a companhia (mas não a autoridade) poderá se eximir de cuidados para com o menor.

⁵¹ CARVALHO, João Andrades, cit., p. 141.

⁵² DIAS, Aguiar, cit., p. 748.

⁵³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, cit., p. 95.

Conforme já ficou discutido, a Constituição Federal imprime proteção absoluta à criança e ao adolescente, cabendo à coletividade garantir a efetiva tutela dos seus direitos, tudo conforme o artigo 227. Pode-se concluir que o exercício da companhia, sem ato de autoridade, não atrai deveres específicos, como aqueles elencados no artigo 1.634 do Estatuto Civil, mas não afasta os deveres constitucionais de proteção e cuidado em relação ao menor.

2.3. Autoridade e companhia

Os pais respondem pelos atos dos filhos menores que estão sob a sua guarda e em sua companhia. Por uma interpretação literal dessa redação, se poderia chegar às seguintes conclusões:

- a) O pai sem autoridade sob o filho não responderia pelos atos deste, ainda que em sua companhia;
- b) O pai sem a companhia do filho não responderia pelos atos deste, ainda que esteja sob sua autoridade.

Ao que se percebe, todavia, ambas as assertivas são falsas e não correspondem à leitura que se espera para uma solução conforme a ordem civil-constitucional. Primeiramente porque, em algumas situações excepcionais, o pai mesmo sem autoridade responde pelo ilícito praticado pelo menor. São as hipóteses de extinção ou suspensão do poder familiar em razão da má conduta do genitor. Pensamento contrário seria conceder ao mau pai a benesse de não mais se responsabilizar por qualquer ato do filho.

Ainda, entender que o pai sem a companhia do filho não responde pelos atos deste traz implicações graves. Imagine-se a hipótese do pai que está viajando e deixa o filho aos cuidados da mãe. Não tendo a companhia do filho, o primeiro não responderia por eventual prejuízo advindo de um ato ilícito cometido pelo rebento. Também, no caso dos pais separados, só recairia a responsabilidade sobre o genitor que estivesse exercendo a constante vigilância sobre o filho, causando verdadeira desigualdade entre os genitores.

Deve-se ter em mente que a autoridade, sendo um dos fundamentos da responsabilidade paterna, pode ser exercida mesmo quando o rebento não está na

companhia do pai. Vale dizer: é responsável aquele que exerce a autoridade, independente se coabita ou mantém vínculos estreitos com o menor.

Sumariamente, pode-se concluir que a companhia não deve servir de requisito para o dever de indenizar dos pais, por dois motivos: primeiro, por criar desigualdade entre os genitores; segundo, por diminuir a garantia da vítima. Essas razões merecem maiores explicações.

a) Igualdade entre os cônjuges

Já se dissertou sobre a mudança na concepção das famílias, principalmente no que tange à superação do antigo modelo hierárquico e patrimonialista. O marido, que antes ocupava o centro da entidade familiar, passou a dividir a autoridade parental com a esposa e, com o decorrer do tempo, os filhos ganharam maior relevo e se tornaram os protagonistas da relação familiar. Daí falar em família democrática, aquela pautada no diálogo como pilar das relações, visando obter a tutela de cada membro, individualmente considerado. Assim, ao se preocupar com a dignidade de cada ente, absorve-se, por consequência, a ideia de solidariedade, aquela identificada “como o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, numa sociedade que se desenvolve como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”⁵⁴.

A igualdade, como reflexo do princípio da solidariedade e elemento da família democrática, deve nortear as relações entre pais e filhos e entre cônjuges. Disso pode-se dizer que a autoridade deve ser exercida em conjunto por ambos os genitores, não sendo de titularidade exclusiva do sexo masculino, como ocorria no passado. São de ambos os pais o dever de criar, assistir, educar e proteger o filho, bem como é dever de ambos indenizar pelo ilícito causado pelo rebento. E não poderia ser diferente: se o poder familiar não se altera sequer com o divórcio ou separação dos cônjuges, conforme reza o artigo 1.632 do Código Civil atual, não se pode conceber tratamento diferenciado entre os que exercem a mesma autoridade. Nos dizeres de Jeovanna Viana:

Entendemos que no caso apenas de ser responsável o cônjuge que detiver a guarda do menor, e o outro, a quem esta não foi atribuído, for excluído da responsabilidade (com exceção do horário de visita),

⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 111.

acabaremos por chegar a um resultado incorrecto. Devemos ter em atenção que, geralmente, o genitor que possui a guarda do menor é o que se sacrifica mais, pois tem maiores encargos e responsabilidades em relação ao menor.

Por conseguinte, é demasiado injusto que, além das atribuições normais que um genitor guarda, deva ele também suportar sozinho o peso da totalidade da indemnização reclamada por um acto cometido por um filho de ambos⁵⁵.

Compreender que a responsabilidade pelos atos dos filhos recai apenas sobre o genitor que mantém o rebento em sua companhia, privilegiaria, em muitos casos, os pais ausentes, os viajantes, ou mesmo aqueles negligentes que não buscam qualquer relação de afeto. O ônus seria demasiadamente severo sobre o genitor guardião ou sobre o genitor que, embora não coabite com o filho, tenha a “infelicidade” de presenciar um ilícito no dia de visita. Tal ideia não se coaduna com os novos rumos do direito de família que prima, no âmbito da proteção do menor, pela guarda compartilhada, compreendendo que os pais devem dividir igualmente as responsabilidades⁵⁶.

Em arremate, argumentar que a responsabilidade deve recair apenas sobre o pai que está em companhia do filho, visto que somente ele pode exercer a fiscalização eficaz, é retomar a ideia de culpa. Isso porque afirmar que o pai sem a companhia não responde pois jamais teria controle sobre o filho, é o mesmo que dizer que não houve culpa de sua parte. Todavia, vale frisar que o artigo 933 do Código Civil tornou objetiva a responsabilidade por fato de terceiro, não havendo espaço para a discussão da conduta dos responsáveis. Seria, então, o mesmo que criar dois sistemas de responsabilidades distintos: um baseado na culpa, destinado ao pai sem a companhia e outro independente de culpa, voltado para o genitor que tem o menor em sua companhia. Essa divisão se mostraria discrepante e injustificável, denotando verdadeiro tratamento desigual entre os genitores.

b) Garantia da vítima

Ao prever a responsabilidade objetiva por fato de terceiro, o legislador buscou efetivar a garantia da vítima, facilitando o recebimento da indenização ao afastar a análise do elemento subjetivo. No caso dos atos ilícitos cometidos por menores, a garantia à

⁵⁵ VIANA, Jeovanna, cit., p. 245-246.

⁵⁶ Em sentido oposto, Jeovanna Viana apresenta a teoria espanhola do traspasso da responsabilidade, “baseando-se em que o direito de visita transfere a guarda durante o período de tempo em que esta tem lugar. Desta forma, a responsabilidade traspassa-se com o menor e responde o genitor que tenha consigo o menor no momento em que este cometer o facto danoso”. (VIANA, Jeovanna, cit., p. 241).

vítima também se expressa na possibilidade de atacar o patrimônio dos pais, visto que, em regra, os menores não possuem bens em seu próprio nome.

Conforme já se dissertou no presente trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro visa a integral proteção da vítima, facilitando-lhe a exação do crédito oriundo do dever de indenizar. Sendo assim, exigir a companhia paterna como pressuposto para reparar o dano cometido pelo filho menor seria criar um óbice à vítima. E isso porque as possibilidades de bens para suportarem o pagamento da indenização se restringiriam apenas ao genitor com a companhia e, sendo ele insolvente, a vítima ficaria em total desamparo.

Com isso, percebe-se que a exigência do pressuposto da companhia na responsabilidade civil paterna afasta a coerência do ordenamento jurídico, na medida em que diminui a garantia da vítima no recebimento da indenização.

Em sede doutrinária, o mesmo posicionamento já foi adotado no enunciado 450 do Conselho da Justiça Federal que diz: “Considerando que a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos menores é objetiva, e não por culpa presumida, ambos os genitores, no exercício do poder familiar, são, em regra, solidariamente responsáveis por tais atos, ainda que estejam separados, ressalvado o direito de regresso em caso de culpa exclusiva de um dos genitores”.

Buscando a interpretação sistemática do ordenamento, tem-se que o artigo 932, I, deve ser lido de molde a abranger os princípios constitucionais, dentre eles a dignidade da pessoa humana, a refletir na garantia da vítima. Desse modo, a supressão da companhia como elemento necessário para a configuração do dever de indenizar dos pais se mostra assaz necessária. Argumenta, nessa toada, Maria Berenice Dias:

Ainda que a referência legal seja aos pais que estiverem com os filhos em sua companhia, descabido não responsabilizar também o genitor que não detém a guarda do filho. Não há como limitar a responsabilidade dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores, à circunstância de estarem eles na companhia do genitor (CC, 932, I.). Há que se reconhecer que a responsabilidade parental decorre do poder familiar, que é exercido por ambos os genitores⁵⁷.

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice, cit., p.383.

Como bem se pode perceber, foi acertado o julgamento do Recurso Especial nº 1.074.937 ao concluir pela responsabilidade solidária dos pais do menor, mesmo que sua genitora não estivesse, à época do fato, em sua companhia.

Conclusão

As implicações do ato ilícito cometido por Rodrigo no caso relatado no Recurso Especial nº 1.074.937 trouxeram as seguintes notas conclusivas:

1. A responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores possui dois fundamentos: a autoridade parental e a garantia da vítima. Explica-se a imputação do dever de indenizar aos pais em razão do exercício da autoridade que lhes é atribuído por lei. Assim, se lhes compete evitar qualquer mal sobre o filho, devem também cuidar para que o menor não venha a causar dano a outrem. No que tange à objetivação da responsabilidade dos pais, prevista no artigo 933 do Código Civil, esta é justificada pela proteção à vítima, conferindo-lhe a isenção de provar a culpa dos pais quanto ao cumprimento dos deveres de educação e vigilância.
2. No que tange à paternidade, deve-se reconhecer não só aquela oriunda da troca de gametas, mas também a que envolve a troca de afetos. A paternidade socioafetiva, desse modo, permite a criação de vínculos jurídicos, com todos os efeitos legais, dentre os quais o exercício da autoridade parental. Sendo assim, no campo da responsabilidade civil, qualquer que exerça autoridade sobre o menor responde objetivamente pelos atos ele causados.
3. Embora haja previsão no artigo 932, I, de que o pai só responde pelo ato do filho menor que estiver em sua companhia, tal pressuposto não pode ser admitido, sob pena de criar desigualdade entre os cônjuges. Isso porque implicaria em pesado ônus sobre um dos genitores, isentando o outro a quem cabe igual exercício de autoridade. Nesse mesmo sentido, a guarda também não pode se mostrar como requisito do dever de indenizar do pai, por colocar maior responsabilidade sobre aquele que detém a guarda.
4. Exigir a companhia como pressuposto ao dever de indenizar dos pais também cria óbice à vítima. Assim porque ao imputar a responsabilidade apenas a um dos pais, o prejudicado passa a contar com um patrimônio garantidor reduzido, indo de encontro ao fundamento de proteção da vítima.

Bibliografia

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Proposta de classificação da responsabilidade objetiva: pura e impura, algumas hipóteses de responsabilidade civil no Código de Processo Civil. *Revista do Advogado de São Paulo*, São Paulo, n. 44, p. 7-19, out. 1994.

BARBOZA, Heloisa Helena. Efeitos Jurídicos do Parentesco Socioafetivo. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 9, p.31-42, abr./maio. 2009.

CARVALHO, João Andrades. *Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder*. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA. Mario Julio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 4 Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Do pater famílias à autoridade parental. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 112, jul. de 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008.

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

LÔBO, Paulo. Do poder familiar. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

_____. *Direito Civil: famílias*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Renovar: Rio de Janeiro, 2010.

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, v. 64, p. 12-47, abr./jun. 1993.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 6 v. V.6: Direito de Família, 2004.

PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSA, João Guimarães Rosa. *Grande Sertão: Veredas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A cláusula geral de responsabilidade civil objetiva*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

SCAFF, Fernando Campos. Considerações sobre o poder familiar. In: Silmara Juny de Abreu Chinellato; José Fernando Simão; Jorge Shiguemitsu Fujita; Maria Cristina Zucchi. (Org.). *Direito de Família no Novo Milênio*. São Paulo-SP: Atlas, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Marcos Alves. *Do pátrio poder à autoridade parental: repensando fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TAKOI, Sérgio Massaru. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 17, n. 66, jan/mar. 2009.

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

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, IV v. V.II, 2012.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2 v. V.1, 2000.

VIANA, Jeovanna. *Responsabilidade Civil dos Pais pelos Actos dos Filhos Menores*. Renovar: Rio de Janeiro, 2004.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 21, ano XXVII, 1979.

Como citar: GARCIA, Filipe Rodrigues. A responsabilidade civil pelos atos dos menores de idade: comentários ao Recurso Especial n. 1.074.937/RS. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-responsabilidade-civil-pelos-atos-dos-menores-de-idade/>>. Data de acesso.