

RESUMO

O frequente aumento de danos causados por menores tem nos levado a refletir sobre a responsabilidade civil dos pais, analisando conjuntamente as regras da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e do Código Civil em vigor. Nessa esteira, é possível afirmar, à luz do princípio constitucional de solidariedade (art. 3º, I, CF/88), bem como à luz do dever constitucional de criação e educação dos filhos (arts. 229, 227 e 205, CF/88), que a responsabilidade dos pais permanece conquanto estejam separados ou divorciados, mesmo nos casos em que a guarda esteja com apenas um dos genitores, pois não estando suspenso ou extinto o dever familiar não resta diminuído seu dever quanto à pessoa dos filhos. De outro lado, a emancipação não será fundamento de exclusão da responsabilidade civil dos pais nas hipóteses em que continuarem os filhos a depender de seus pais, por desvirtuamento do milenar instituto. Igualmente, a paternidade socioafetiva gera os mesmos deveres que aqueles decorrentes da paternidade biológica, notadamente o dever de reparação dos danos decorrentes de atos ilícitos causados pelos menores.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Filhos Menores. Pais. Emancipação. Socioafetividade.

ABSTRACT

The frequent increase of damages caused by juveniles has led us to reflect on the civil liability of parents, jointly analyzing the rules of the Federal Constitution, the Statute of Children and Adolescents, and the Civil Code. About it, we can say, in the light of the constitutional principle of solidarity (art. 3o, I, CF/88) and in the light of the constitutional duty of educating and upbringing children (arts. 229, 227 and 205, CF/88), parents' responsibility stay even though they are separate or divorced, even in cases where the guard is with the other parent, as the family duty has not been suspended or extinct, and the responsibility for the kids has not been diminished. On the other hand, emancipation will not be the ground for exclusion from liability of parents in cases in which children continue to depend on their parents, by distortion of the established institute. Likewise, the affective paternity generates the same duties as those from biological paternity, especially the duty to repair damage resulting from unlawful acts caused by minors.

Keywords: Civil Responsibility. Minor. Children. Parents. Emancipation. Affective. Paternity.

* Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP). Advogado.

1. Introdução

A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, uma das hipóteses de responsabilidade civil pelo fato de outrem, e que nas palavras de Alvino Lima¹ tem suscitado vivos debates doutrinários, com impossibilidade de se alcançar uma solução capaz de resolvê-los de maneira definitiva, é tema que se mostra sempre atual, sobretudo levando-se em consideração o aumento dos casos de *bullying* e *cyberbullying* envolvendo crianças, juvenis e adolescentes.

Encontra-se no texto constitucional o dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com *absoluta prioridade*, o direito à educação (art. 227, CF/88), e ainda o sagrado dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229, CF/88) – dever esse repetido nos arts. 4º e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90 –, o que não tem sido suficiente para a diminuição dos rotineiros casos em que os pais – ou quem as vezes lhes faça – são chamados às Cortes para responderem por atos ilícitos praticados por seus filhos.

Um dos maiores desafios da contemporaneidade é, indubitavelmente, a educação, cuja definição, na doutrina de Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp e Martín Wolff,² é a influência psíquica, ainda que se exercite com ajuda de meios físicos, com o fim de formar o caráter e espírito do filho. Ao discorrer sobre este que é uma das pilastras do dever parental, Pontes de Miranda³ preleciona que “*educar* consiste em instruir, ou fazer instruir, dirigir, moralizar, aconselhar”, estando o desatendimento deste dever diretamente ligado aos crescentes casos de ilícitos praticados pelos infantes.

¹ LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1960. p. 314.

² ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. *Tratado de derecho civil: derecho de familia*. v. 2. t. 4. Traduzido por Blas Pérez González e José Alguer. 2. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1952. p. 50.

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 31.

A mudança de paradigma ocorrida no direito brasileiro com o advento do Código Civil de 2002, que estabeleceu a responsabilidade objetiva dos pais, afastando o sistema da responsabilidade subjetiva de outrora, demonstra a preocupação social em tornar efetiva a responsabilidade que decorre da função parental, ou seja, do poder familiar, verdadeiro *munus* público, e que, segundo sustenta Pontes de Miranda,⁴ corresponde ao conjunto de direitos concedidos aos pais, “a fim de que, graças a eles, possam melhor desempenhar a missão de guardar, defender e educar os filhos, formando-os e robustecendo-os para a sociedade e a vida”.

Sem qualquer pretensão de esgotamento do tema, o presente artigo tem por finalidade a análise da responsabilidade civil dos pais à luz do direito civil constitucional, na busca por soluções que se mostrem mais condignas aos problemas enfrentados pela sociedade hodierna.

2. A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Atos dos Filhos Menores no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002

Inúmeras reflexões e debates foram gerados ao longo do tempo em razão da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, nos moldes contidos no Código Civil de 1916. Com evidente influência do direito francês, o diploma brasileiro asseverava em seu art. 1.521, inciso I, serem os pais também responsáveis pela reparação civil quanto aos filhos menores que estivessem “sob seu poder e em sua companhia”. Enquanto o art. 1.518, parágrafo único, instituiu a responsabilidade solidária dos pais juntamente com seus filhos, o art. 1.523 do *Codex*, por sua vez, impunha à vítima o ônus da prova de que haviam os genitores do menor causador do dano concorrido para a ocorrência do evento danoso, por culpa ou negligência. Tratava-se de responsabilidade indireta, subjetiva, sendo que a responsabilidade dos pais somente se tornava

⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*. v. 3. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. p. 109-10.

efetiva quando lhes fosse imputada e comprovada a culpa por não haverem empregado a diligência necessária ou não haverem tomado as precauções para que inexistisse o dano.

A prova de culpa dos pais do infante, que haveria de ser feita pela vítima (art. 1.523, CC/1916), não constava da redação original dos Projetos de Código Civil, pois contra os pais havia presunção legal de culpa, sendo que o ônus da prova de culpa dos genitores imposto à vítima decorreu de modificação da redação original pelo Senado, que inverteu os princípios estabelecidos nos Projetos.⁵

O Código Civil de 1916 nada mencionou quanto à responsabilidade própria dos menores impúberes, pois ausente neles o discernimento, ou seja, desprovidos de razão, não podiam entender o que era certo ou errado, logo, não podia ser-lhes imputada culpa, o que os tornava inimputáveis, de maneira que os prejuízos que causassem eram considerados como decorrentes de força maior.

Eram considerados absolutamente incapazes os menores de 16 (dezesesseis) anos (art. 5º, I, CC/1916), e relativamente incapazes os maiores de 16 (dezesesseis) e menores de 21 (vinte e um) anos (art. 6º, I, CC/1916), com a modificação introduzida pela Lei n. 4.121/62, sendo estes últimos equiparados “ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos” nos quais fossem culpados, por força do art. 156 daquele *Codex*. Assim, os menores de 16 (dezesesseis) anos não eram diretamente responsabilizados, respondendo apenas seus pais, enquanto os maiores de 16 (dezesesseis) anos eram solidariamente responsáveis quanto ao dever de reparação.⁶ Vigorava, pois, a regra da responsabilidade com culpa, sendo que as outras espécies representavam exceções.

Foi com a edição do Código de Menores, instituído pelo Decreto n. 17.943-A,⁷ de 12 de

outubro de 1927, cujos arts. 68, § 4º, e 74, modificaram a redação do art. 1.523, que se transferiu aos genitores o dever de provar que o ato danoso ocorrera sem culpa ou negligência de sua parte, estatuiu-se uma presunção *iuris tantum* de culpa dos pais. Da leitura do art. 68, § 4º, do Código de Menores de 1927 percebe-se que não havia exigência de estar o menor na companhia e sob o poder paternal para que fossem os genitores responsabilizados.

Ocorre que o Código de Menores instituído pela Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979, que nada tratou sobre a responsabilidade dos pais, revogou, pelo seu art. 123, o Decreto n. 17.943-A/1927, deixando um vazio quanto à necessidade de prova de culpa dos pais, vez que para haver repristinação a lei posterior deve expressamente dar vigência à lei revogada, a teor do que dispõe o art. 2º, § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB),⁸ instituída pelo Decreto-Lei n. 4.657/42.⁹ A fim de se evitar interpretações injustas, bem como afastando-se a possibilidade de se considerar objetiva a responsabilidade dos pais dada a ausência de repristinação do art. 1.523 do Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal houve por bem aplicar também aos pais a Súmula n. 341,¹⁰ que trata da presunção de culpa do patrão ou comitente por ato de seu empregado ou preposto. O atual Código de Menores, Lei n. 8.069/90, conhecido como Estatuto da Criança e do Adolescente, através do art. 267 revogou integralmente a Código de Menores de 1979, sem adentrar na matéria relativa à responsabilidade dos pais por atos ilícitos

culpa ou negligência. (Cod. Civ., arts. 1.521e 1.623.)”. O art. 74 do referido Decreto, por sua vez, tinha a seguinte redação: “São responsáveis pela reparação civil do damno causado pelo menor, os pais ou a pessoa a quem incumbia legalmente a sua vigilância, salvo si provarem que não houve da sua parte culpa ou negligência. (Cod. Civ., arts. 1.521 e 1.523.)”.

⁸ A Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010, alterou a ementa do Decreto-Lei n. 4.657/42, substituindo-se a expressão “Lei de Introdução ao Código Civil” (LICC).

⁹ É este o teor do § 3º do art. 2º, da LINDB: “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

¹⁰ Dispunha a Súmula n. 341 do STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10. ed. atual. por Achilles Beviláqua. v. 5. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1957. p. 233.

⁶ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 85.

⁷ Era esta a redação do § 4º, do art. 68, do Decreto n. 17.943-A, de 12/10/1927: “São responsáveis, pela reparação civil do damno causado pelo menor os pais ou a pessoa a quem incumba legalmente a sua vigilância, salvo si provarem que não houve da sua parte

praticados pelos filhos menores, deixando a questão exclusivamente ao Código Civil.

Entretanto, a responsabilidade outrora fundada na culpa cedeu lugar à responsabilidade objetiva no Código Civil de 2002. Assevera o art. 932, inciso I, do vigente *Codex*, serem também responsáveis pela reparação civil os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. A disposição contida no art. 933 do vigente Código, no sentido de que as pessoas indicadas nos incisos I a V do art. 932, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos dos terceiros nele referidos, representou, nas palavras de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,¹¹ a “tão ansiada transição da *culpa presumida* e do ônus probatório invertido para uma *objetivação efetiva* dessa responsabilidade”.

Assim, no atual Código Civil, descabe perquirir qualquer indício de culpa por parte dos genitores nos casos de danos causados pelos infantes. Basta a existência do dano perpetrado pelos filhos menores para que se imponha aos genitores o dever de reparação.

Cumprido, por oportuno, esclarecer que nem mesmo os atos ilícitos cometidos pelos filhos menores no âmbito escolar devem servir de motivo para excluir a responsabilidade civil dos pais, como já tivemos a oportunidade abordar em trabalho que versou exclusivamente sobre a prática de *bullying* nas instituições de ensino.¹² Isso porque, conforme leciona Henri Lalou,¹³ a responsabilidade mesma do pai reaparece, embora esteja o filho alojado em educandário, quando o ato danoso “*précédé d'une faute du père*”, ou seja, decorre por culpa (erro de conduta) do pai, ou quando decorre de defeito moral ou de direção, ou má educação do filho, sem a qual o dano não teria ocorrido, de maneira que pode a responsabilidade dos pais coexistir com a do educandário cujos prepostos, por defeito de

vigilância, não evitaram, por exemplo, a conservação ou o uso de arma de fogo nas dependências da escola.

Por outro lado, embora exija a vigente norma o exercício da autoridade parental concomitante à companhia do infante, denotando a moradia sob o mesmo teto para que haja o dever do genitor de indenizar a vítima, entendemos que basta o exercício do poder familiar, independente de moradia sob o mesmo teto, como adiante veremos, ao tratar de pais separados ou divorciados. A moradia dos filhos com os genitores, em nosso sentir, não deve mais ser requisito para a responsabilidade dos pais, visto que com os avanços da tecnologia, a fiscalização e a direção da conduta daqueles podem ser exercidas mesmo que vivam pais e filhos em casas ou localidades distintas. Entretanto, se o filho abandonou o lar “por ato de insubordinação ou malandragem”, estará excluída a responsabilidade dos pais desde que provem que realizaram todos os esforços para trazer o filho à casa paterna,¹⁴ bem como demonstrem que a fuga do infante não se deu por culpa deles, genitores. Todavia, se o afastamento do filho se der por culpa dos pais, a responsabilidade destes permanece.¹⁵

Em havendo adoção do infante, a responsabilidade é deslocada dos pais naturais para os pais civis, a partir da data em que o ato jurídico da adoção se consumou,¹⁶ de maneira que, enquanto existir o poder familiar, os genitores naturais responderão pelos atos dos filhos menores, eximindo-se dessa responsabilidade com a adoção.¹⁷

À evidência, para que haja a responsabilidade direta do infante será necessário que haja um fato ilícito, que desse fato advenha um dano a outrem, que o fato seja praticado em condições de ser

¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 142.

¹² BOMFIM, Silvano Andrade do. *Bullying e responsabilidade civil: uma nova visão do direito de família à luz do direito civil constitucional*. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. v. 22. Porto Alegre: Editora Magister. jun-jul/2011. p. 60-81.

¹³ LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. 5. ed. Paris: Dalloz, 1955. p. 590.

¹⁴ LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. 2. ed. rev. e atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 46.

¹⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 19. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). v. 4. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 66.

¹⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 5. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1961. p. 274-5.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 99.

considerado culposo e reprovável, se em idênticas condições fosse praticado por pessoa capaz, portanto imputável, que haja nexos de causalidade, que o representante legal não tenha meios de suportar a indenização, e que a equidade justifique a reparação total ou parcial pelo menor. Esclareça-se que a culpa que se verifica quanto ao inimputável causador do dano é a culpa que se verificaria nas pessoas normais, dotadas de discernimento, imputáveis, denominada, quanto aos inimputáveis, de culpa técnica ou abstrata.¹⁸

Defendem alguns autores que a responsabilidade paterna tem por fundamento o dever de guarda,¹⁹ enquanto outros defendem que o fundamento é o exercício do poder familiar,²⁰ e outros asseveram que o fundamento da responsabilidade civil dos genitores no vigente *Codex* é a teoria do risco dependência,²¹ verificada esta no campo econômico, jurídico e afetivo, em razão do exercício do poder familiar.

A responsabilidade do menor é excepcional. São responsáveis primários os genitores, somente respondendo os infantes se aqueles não puderem satisfazer a reparação. Igualmente, responde o menor de maneira direta e excepcional nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual estatui que, em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, a restituição da coisa pelo adolescente, ou a promoção, por este, do ressarcimento do dano, ou ainda, a compensação, pelo menor, do prejuízo da vítima por outra forma, asseverando o parágrafo único da referida norma que havendo manifesta impossibilidade de restituição, ressarcimento ou compensação, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

¹⁸ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. p. 134-6 e 200.

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 142.

²⁰ Cf. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 186. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 7. 18. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 512.

²¹ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. p. 72-3.

Nesse sentido, o Enunciado n. 40 da I Jornada de Direito Civil estabelece, quanto ao art. 928 do Código Civil, que o incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas sócioeducativas ali previstas.

Conquanto tenha o vigente Código estatuído a responsabilidade objetiva dos genitores, poderão estes eximirem-se da reparação do dano causado pelos seus infantes se comprovarem que o fato danoso decorreu de caso fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima, pois estas excludentes geram ruptura no nexos causal.

Cumpra ainda observar quanto aos crescentes casos envolvendo o chamado *cyberbullying* ou *bullying digital*, que a responsabilidade dos pais poderá ser subsidiária à dos provedores ou hospedeiros de *internet*, quando os atos danosos forem cometidos através de *sites* de relacionamentos, em razão da responsabilidade virtual, também abrangida pelas regras do Código Civil, notadamente aquela prevista no art. 927, § único, segundo o qual “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”, com o que, segundo prelecionam Renato Opice Blum e Marcos Gomes Bruno,²² para determinadas atividades nas quais se deve assumir os riscos implícitos a ela, o que pode se aplicar a quase a totalidade das relações jurídicas que envolvem o meio virtual, haverá a responsabilidade independentemente de culpa, bastando o efetivo dano à vítima para que lhe seja devida a indenização”. Para Flávio Tartuce,²³ nesse contexto de busca pelos

²² BLUM, Renato M. S. Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva. *O novo código e o direito eletrônico*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). *Novo código civil: questões controvertidas*. v. 1. 2. tir. São Paulo: Método, 2006. p. 205-18. A citação encontra-se à p. 214.

²³ TARTUCE, Flávio. *A responsabilidade civil dos pais pelos filhos e o bullying*. In: PEREIRA, Rodrigo da

responsáveis do dano, deve-se verificar se há contribuição de coautoria por ação ou omissão entre os envolvidos, respondendo todos em conformidade com a solidariedade passiva prevista no art. 942, *caput*, do *Codex*,²⁴ e no art. 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

3. A Responsabilidade Subsidiária dos Incapazes (Art. 928) e a Responsabilidade Solidária dos Pais (Art. 942, Parágrafo Único)

O Código Civil de 2002, diferentemente do *Codex* revogado, pareceu haver instituído verdadeira contradição, ou seja, uma antinomia, na medida em que o art. 928 impõe responsabilidade subsidiária dos menores ao estabelecer que “o incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes”, enquanto o parágrafo único do art. 942 estatui serem solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932. Existe aparentemente um conflito de normas que estabelecem a subsidiariedade e a solidariedade para solução do mesmo problema, sendo tais regras, à evidência, incompatíveis entre si, vez que possuem efeitos diversos.

Ao contrário daquelas antinomias que não possuem solução no ordenamento jurídico, impondo nova legislação que as dissipe, é apenas aparente esta contradição verificada nos arts. 928 e 942 do Código Civil na medida em que pode ser dirimida através das regras de solução existentes.²⁵ Inexiste dúvida de que o art. 928 pretendeu proteger os incapazes impondo a responsabilidade subsidiária, enquanto o art. 942 teve por finalidade proteger a vítima através da responsabilidade

solidária entre os pais e o incapaz autor do dano.

É ínsito ao conceito de subsidiariedade que a cobrança seja feita primeiramente contra o devedor principal, para somente na ausência de bens suficientes à satisfação do débito perseguir-se o devedor solidário. Por outro lado, o conceito de solidariedade importa eliminar qualquer hierarquia entre os devedores, de maneira que ao credor compete a escolha sobre qual deles recairá a execução com vistas à satisfação do débito,²⁶ não havendo divisibilidade quanto ao débito, cabendo ao devedor que integralmente pagou agir contra aquele que nada pagou para reaver o devido ressarcimento relativo à sua quota.

Norberto Bobbio²⁷ preleciona que “o direito não tolera antinomias”, as quais, assevera, constituem a situação de normas incompatíveis entre si, e que constitui dificuldade com que se deparam os juristas de todas as épocas. Em outras palavras, o autor define antinomia “como aquela situação em que são criadas duas normas, sendo que uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”, definição que, observa o autor, não está completa, sendo necessárias duas condições: que ambas as normas pertençam ao mesmo ordenamento, e que ambas as normas tenham o mesmo âmbito de validade, ou seja, temporal, espacial, pessoal e material.²⁸ Com isso, redefine-se a antinomia jurídica como sendo aquela situação jurídica que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e com o mesmo âmbito de validade, e para cuja solução existem três critérios, a saber: 1) critério cronológico; 2)

Cunha (coord.). Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 271-300. A citação encontra-se à p. 291.

²⁴ É esta a redação do art. 942, *caput*, do Código Civil: “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”.

²⁵ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. p. 207.

²⁶ O art. 275 do Código Civil, ao tratar da solidariedade passiva, assevera: “O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores”.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução Denise Agostinetti. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 228.

²⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. p. 233-42.

critério hierárquico; 3) critério da especialidade.

Cumpra observar que os dois primeiros critérios acima são ineficazes para solução da antinomia entre os arts. 928 e 942 do Código Civil vigente por serem objeto da mesma legislação, tornando o critério da especialidade o único capaz de elidir a contradição havida. Isso porque o art. 928 do *Codex* expressa e exclusivamente refere-se à responsabilidade dos incapazes, enquanto o parágrafo único do art. 942 do mesmo diploma refere-se a todas as modalidades de responsabilidade por ato de terceiro de que trata o art. 932, ou seja, não somente a responsabilidade dos pais pelos filhos menores, mas também a dos tutores e curadores pelos seus pupilos e curatelados, a dos empregadores ou comitentes por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão deles, além da responsabilidade dos donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos hóspedes, moradores e educandos, e, igualmente, a dos que gratuitamente houverem participado nos produtos de crime, até a concorrente quantia.

Daí porque, tratando o art. 928 do Código Civil de forma especial quanto à responsabilidade dos incapazes prevalece esta regra de subsidiariedade sobre aquela de solidariedade contida no art. 942. É a chamada responsabilidade subsidiária mitigada.²⁹

São os pais, no sistema vigente, responsáveis principais pela reparação do dano causado pelos filhos menores, de maneira que havendo saúde financeira para suportarem a indenização, somente aqueles responderão pelo ato danoso, não se alcançando através da ação o patrimônio dos infantes. Entretanto, na hipótese de não possuírem bens suficientes à satisfação do débito, a fim de não caírem em estado de indignidade, o menor responderá de forma subsidiária, de maneira a manter, igualmente, sua dignidade, evitando-se que seja colocado em estado de miserabilidade, com o que se verifica, nas palavras de Flávio

Tartuce,³⁰ “que o *incapaz não é tão incapaz assim*, pois terá responsabilidade na órbita privada”.

O Enunciado n. 39, aprovado na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, assentou, quanto ao art. 928, que a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana, e, como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas se reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de sua dignidade. Por sua vez, o Enunciado n. 41 da mesma Jornada assevera que a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, inciso I, do novo Código Civil.

Conquanto tenha o vigente diploma ampliado a possibilidade de ressarcimento à vítima, verifica-se que, em razão dos princípios da equidade e da dignidade das pessoas responsáveis pela reparação – pais ou menores, quando o caso – a vítima poderá ver-se irressarcida quando o pagamento da indenização privar do necessário tanto os genitores como os infantes, a teor do que dispõem os arts. 928, parágrafo único, e 944, parágrafo único, ambos do vigente *Codex*.

Responde o menor de maneira direta e excepcional nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois estabelece a citada norma que em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima, estatuinto o parágrafo único que havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

Portanto, são os pais responsáveis principais pela reparação do dano causado

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao código civil*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). v. 11. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 430.

³⁰ TARTUCE, Flávio. *A responsabilidade civil dos pais pelos filhos e o bullying*. p. 287.

pelos filhos menores, de maneira que havendo saúde financeira para suportarem a indenização, somente eles responderão pelo ato danoso, não se alcançando através da ação os bens dos filhos menores. Entretanto, na hipótese de não possuírem bens suficientes à satisfação do débito, a fim de não caírem em estado de indignidade, o menor responderá de forma subsidiária, de maneira a manter, igualmente, sua dignidade, evitando-se que seja colocado em estado de miserabilidade.

4. A Responsabilidade Civil dos Pais Separados e Divorciados

O art. 932, inciso I, do Código Civil vigente, dispõe serem responsáveis pela reparação civil os pais, quanto aos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, não se distanciando do Código revogado, senão quanto à substituição da expressão “em seu poder” por “sob sua autoridade”.

A doutrina e a jurisprudência solidificaram-se, salvo exceções, no sentido de impor responsabilidade somente aos genitores que detenham a guarda dos filhos menores, vez que tanto o art. 1.521 do Código revogado como o art. 932 do atual *Codex* estatuíram a responsabilidade dos pais pelos filhos que estiverem em sua companhia, o que excluiria a responsabilidade dos pais separados ou divorciados que não detivessem a guarda do menor. Registre-se, neste ponto, que mesmo diante do advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, a qual deu nova redação ao § 6º, do art. 226, da Constituição Federal,³¹ e para a dissolubilidade do casamento pelo divórcio suprimiu o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano, ou da comprovada separação de fato por mais de dois anos, as considerações feitas neste tópico continuam válidas para os casos de separação judicial ocorridos antes da referida emenda, ou extrajudicial, ocorridos antes ou após a *Emenda do Divórcio*.

Miguel Maria de Serpa Lopes,³² ao tratar do tema antes do advento da Emenda Constitucional n. 09/1977, que instituiu o divórcio no Brasil, e antes da Lei n. 6.515/77 (Lei do Divórcio), que disciplinou a dissolução do casamento pelo divórcio, uma vez que até então existia o desquite como uma das causas de dissolução da comunhão conjugal ou sociedade conjugal – não do vínculo conjugal, que somente se extinguiu pela morte de qualquer dos cônjuges (art. 315, parágrafo único, do CC/1916) –, afirma que “no caso de desquite tal responsabilidade cabe ao cônjuge que obteve a guarda do menor, se reunir além disso a condição de coabitação”, asseverando ser necessário que o menor resida com seus pais para serem estes presumidos responsáveis pelos atos danosos do menor. Embora não haja mais a figura do *desquite*, a interpretação quanto à responsabilidade somente do genitor detentor da guarda restou mantida pela doutrina, vez que com o divórcio ou com a separação judicial, a guarda dos filhos deverá ser atribuída a um dos pais, salvo se optarem pela guarda compartilhada de que trata a Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil vigente.

José de Aguiar Dias,³³ ao referir-se à responsabilidade paterna, preleciona que ela poderia ser intermitente, cessando-se ou restaurando-se, conforme a delegação de vigilância.

Assevera Carlos Roberto Gonçalves que estando o filho com a mãe, por força de separação judicial, dela será a responsabilidade pelos atos dos filhos menores.³⁴ Para referido autor, ambos os pais exercem o poder familiar, razão pela qual se pode afirmar que “a presunção de responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do poder familiar”, de maneira que a falta do requisito *guarda* pode levar à exclusão da responsabilidade.

Em que pesem os respeitáveis ensinamentos dos eminentes juristas acima, entendemos necessária uma visão constitucional sobre o tema, fundada no princípio da solidariedade,

³¹ É esta a redação do § 6º, do art. 226, da Constituição da República, com a redação que lhe deu a EC n. 66/2010: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

³² LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 5. p. 274-5.

³³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 115.

³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao código civil*. p. 432 e 433.

de maneira a afastar a teoria do traspasso de responsabilidade consubstanciada na premissa de que a responsabilidade transfere-se com o menor para imputar o dever de indenizar àquele que o tem em guarda, corrente segundo a qual “a responsabilidade é fruto da convivência de fato”.³⁵

O afastamento do posicionamento defendido pelos doutrinadores acima referidos justifica-se diante da prevalência de um direito civil constitucional, posto que, à vista do que expusemos anteriormente, inserido no capítulo destinado à família, à criança e ao adolescente, o art. 227 da Constituição da República estabelece ser dever da família “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade” o direito à educação, enquanto o art. 205 estatui que a educação é dever da família, “visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania”, encontrando-se no art. 229 o dever dos pais em assistir, criar e educar os filhos menores.

Assim, o comando inculcado no texto constitucional leva-nos à reflexão sobre como haveria de ser a educação dos infantes “com absoluta prioridade” por parte dos pais. Estaria ela restrita tão-somente ao pagamento da pensão alimentícia e às visitas avençadas quando da separação ou do divórcio? Restringir-se-ia o dever de educação apenas aos momentos em que usufrui o menor suas férias ou finais de semana com o genitor que não possui a guarda? Com a devida *venia*, pensamos que não. Levando-se em consideração que inexitem palavras inúteis na lei, o dever dos pais de educar “com absoluta prioridade” os infantes não se coaduna com a possibilidade de exclusão de responsabilidade do genitor que não detém a guarda pelo tão-só argumento de que não tinha o filho em sua companhia.

Quanto à guarda compartilhada, instituída pela Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil em vigor, na dicção do § 1º do art. 1.583, compreende ela “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao

poder familiar dos filhos comuns”, sendo que a responsabilidade de ambos os pais restou expressa. Entretanto, em nosso sentir, mesmo a guarda unilateral não tem o condão de eximir do não guardião o dever de educar sua prole “com absoluta prioridade”, e por ele [tal dever] ser responsabilizado, desde que não esteja ele privado do poder familiar, quer por suspensão, quer por destituição judicial daquele poder. Recentemente, a Lei n. 12.013, de 06 de agosto de 2009, alterou a redação do art. 12 da Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para determinar às instituições de ensino a obrigatoriedade de envio das informações escolares aos pais, conviventes ou não com seus filhos, bem como, se for o caso, aos responsáveis legais, demonstrando também que ambos os pais são responsáveis pelo desenvolvimento dos infantes, independentemente de eventual separação ou divórcio, e independentemente de quem matriculou e se responsabilizou pelo menor perante a instituição de ensino.

Portanto, o dever dos pais, de responder pelos atos dos filhos menores, deve estar fundado no poder familiar, e não simplesmente na convivência sob o mesmo teto, ou seja, no fato de ter o filho “em sua companhia” por ocasião do ilícito, afinal, não sendo destituído do poder familiar, embora separado ou divorciado, mantém-se o sagrado dever de assistir, criar e educar os filhos.

Igualmente, a Lei n. 8.069/90, que instituiu o vigente Estatuto da Criança e do Adolescente, visando à proteção integral dos menores, em seu art. 4º determina, tal qual o texto constitucional, ser dever da família assegurar “com absoluta prioridade” a efetivação do direito à educação dos infantes. Outrossim, o art. 22 do mesmo estatuto dispõe que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação. O dever de sustento não está acima do dever de guarda ou educação, e nesse aspecto, a expressão educação não se limita simplesmente à educação escolar do infante, mas deve ser entendida em seu mais amplo sentido, como vimos anteriormente, ou seja, a educação de vida transmitida pelos genitores capaz de tornar o menor apto a ser inserido plenamente na sociedade, com elevados valores morais, éticos, cívicos e até mesmo religiosos.

³⁵ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. p. 164 e 165.

O Código Civil vigente estabelece em seu art. 1.511 que a base do casamento é a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e, dentre os deveres de ambos, está o sustento, guarda e educação dos filhos, *ex vi* do art. 1.566, inciso IV, do mesmo *Codex*. Ocorre, todavia, que a separação – havida antes da EC n. 66/2010 – e o divórcio não tornam desiguais ou diminuídos os deveres do genitor não detentor da guarda do filho menor. Isso porque, o art. 1.579 do *Codex* – o qual reproduziu o art. 27, da Lei n. 6.515/77 – estabelece que o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, afirmando o parágrafo único do mesmo dispositivo que o novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não importará restrição aos direitos e deveres parentais, e, ainda, ao tratar do poder familiar, o art. 1.634, inciso I, do mesmo diploma, estabelece competir aos pais, quanto aos filhos menores, dirigir-lhes a criação e educação. Somente no inciso II aparece o dever de ter os filhos em sua companhia e guarda. Portanto, a interpretação legal é no sentido de que o dever primário dos pais é a direção da criação e educação, independentemente de estarem casados, separados ou divorciados, vindo, em seguida, o dever de ter o infante em sua companhia e guarda.

Daí porque, o fato de estarem separados ou divorciados os pais, e estando o filho menor na companhia de um deles, em razão da guarda atribuída judicialmente ou por ambos consentida, não deve gerar a irreparabilidade quanto ao genitor que não tinha o menor em sua companhia no momento do evento danoso por este provocado, posto que, a separação ou o divórcio, por si só, não é causa de perda do poder familiar, de maneira que, embora não conviva com o ex-cônjuge detentor da guarda, e por conseguinte não conviva diariamente com sua prole, nem por isso seu dever de criar e educar os filhos restará diminuído.

Temos que, respeitada a opinião dominante em sentido contrário, o afastamento da responsabilidade daquele genitor que não detém a guarda ou não tem o menor em sua companhia no momento do ato danoso, fundado no art. 932, inciso I, do Código Civil em vigor, que repetiu a regra do art. 1.521, inciso I, do revogado *Codex*, assume

contornos de inconstitucionalidade à vista do exposto dever imposto aos pais, dever esse não apenas contido no texto constitucional como também nos textos infraconstitucionais referidos.

Ademais, considerando-se que o ato danoso possa dar-se quando o menor esteja com o genitor possuidor de menores recursos financeiros, o entendimento do art. 932, inciso I, do Código Civil vigente, viola, inclusive, o princípio constitucional da solidariedade, insculpido no art. 3º, inciso I, da Carta Magna, além de ferir, quanto à vítima que restará irressarcida, o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, inciso III, do texto constitucional, vez que “a garantia da dignidade da pessoa humana resplandece como verdadeiro norte de validação dos pressupostos do dever de indenizar”, sendo a dignidade da pessoa humana “o sentido e a razão de toda e qualquer construção jurídico-doutrinária ou jurídico-normativa”.³⁶

Segundo ensina José de Aguiar Dias,³⁷ quando se cogita de responsabilidade paterna tem-se em vista o inadimplemento real ou presumido dos deveres que ao pai corre em relação ao menor, sendo esses deveres de duas ordens: a) assistência, que não é só a material, traduzida na prestação de alimentos e satisfação das necessidades econômicas, mas também moral, compreendendo a instrução e a educação, esta no seu mais amplo sentido; b) vigilância. Afirma o autor que na primeira categoria se entende incluída a obrigação de propiciar ao menor, ao lado da prestação de conhecimentos compatíveis com as suas aptidões e situação social e com os recursos do pai, o clima necessário ao seu sadio desenvolvimento moral, inclusive pelo bom exemplo. Assim, a vigilância é o complemento da obra educativa, e far-se-á mais ou menos necessária conforme se desempenhe o pai da primeira ordem de deveres, sendo esses os motivos pelos quais se presume a responsabilidade do pai, arrematando o autor que “um filho criado por quem observe à risca esses deveres não pode ser autor de injusto prejuízo para outrem”.

³⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. p. 159 e 228.

³⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 114.

Atribuir responsabilidade pelo ato ilícito dos filhos menores ao genitor não detentor da guarda, ou seja, que com o infante não conviva diariamente, poderia parecer, à primeira vista, desequilíbrio jurídico, vez que um dos argumentos na defesa da regra contida no Código Civil é de que se o genitor separado ou divorciado que não tem a guarda do filho menor não é agraciado – em razão da distância temporal entre as visitas – com as alegrias que da convivência constante advém, não poderia ter apenas o ônus de suportar os prejuízos causados por sua prole. Entretanto, a constitucionalização do dever relativo aos pais, de maneira a atribuir-lhes a responsabilidade pela educação de seus filhos, de forma incondicional e “com absoluta prioridade”, nas palavras da Carta Maior, não pode ceder espaço à possibilidade de eximir-se um dos genitores da responsabilidade civil sob o fundamento da inexistência de convivência com o infante.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já afirmou a responsabilidade solidária de pais separados por danos advindos da agressão cometida por filho menor, no REsp n. 299.048-SP – embora os julgados mais recentes sejam em sentido diverso³⁸ –, encontrando-se idêntico entendimento em julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como na Apelação n. 251.173-4/0-00, e na Apelação n. 512.126-4/8-00, em cujo voto restou consignado que a agressão cometida pelo infante a um colega de escola demonstrava “falta de melhor cuidado de ambos os pais, não podendo ser limitada a responsabilidade ao guardião, nos termos do artigo 932, inciso I, do Código Civil, porque a separação legal dos pais, pondo fim à sociedade conjugal, não exclui o dever de educação, assistência e orientação de ambos na formação psicológica, educacional e profissional dos filhos”, e que a conduta ilícita do menor que comete atos infracionais é condizente com a educação e assistência moral e afetiva dos pais separados em relação aos

filhos, na medida em que não se resume a responsabilidade somente à vigilância diária sobre os infantes.

Permanecendo o poder familiar persiste a responsabilidade de ambos os pais, e, em nosso sentir, mesmo os casos de nenhuma ingerência do genitor não guardião não representa isenção do dever de educar os filhos, salvo a hipótese de ter sido impedido, pelo genitor guardião, de manter qualquer contato com sua prole, hipótese em que, já escrevemos em outra oportunidade,³⁹ poderia o genitor não detentor da guarda pleitear em juízo contra aquele uma indenização além de imposição de *astreintes* com vistas à cessação de injustos e imotivados impedimentos ao contato com o filho comum, quer seja através de visitas ou por meio de cartas, e-mails, telefonemas, entre outras modalidades de comunicação. Trata-se, pois, de dar pleno cumprimento às regras constitucionais e infraconstitucionais relativas ao dever dos pais, bem como de permitir à vítima a mais ampla possibilidade de ver-se ressarcida, a fim de evitar que atos ilícitos cometidos pelos menores que estejam na companhia do genitor detentor de limitados recursos fiquem irressarcidos, devendo ambos os pais indenizar a vítima, para posteriormente, em ação regressiva entre si, buscarem a reparação proporcional ao grau de influência e culpa na formação defeituosa do menor, ou reparação integral àquele que, embora tendo o filho em sua companhia no momento do ato danoso, comprovar que a conduta ilícita foi incentivada, ensinada ou não evitada pelo outro genitor.

5. A Emancipação e a Responsabilidade Civil dos Pais

Conforme preleciona Alvino Lima,⁴⁰ embora seja a menoridade “condição imprescindível da responsabilidade do genitor”, haverá casos em que não se mostrará

³⁸ STJ, REsp n. 1.146.665/PR, 3ª T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 22.11.2011, DJe 12.12.2011; STJ, REsp n. 777.327, 3ª T., rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.11.2009, DJe 01.12.2009; STJ, REsp n. 540.459/RS, 3ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 18.12.2003, DJ 22.03.2004.

³⁹ BOMFIM, Silvano Andrade do. *A aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (coords.). *Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. v. 2. Porto Alegre: Magister, 2009. p. 409-42.

⁴⁰ LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. p. 43.

suficiente a emancipação para afastar a responsabilidade civil dos pais, posto que se os pais conferiram a emancipação ao filho para eximirem-se de qualquer obrigação de ressarcimento de dano, “em virtude do habitual procedimento irregular do filho”, que continua a residir com os genitores, não pode a emancipação prevalecer, pois houve fraude à lei, impondo-se a anulação da escritura de emancipação.

Para José de Aguiar Dias,⁴¹ se a emancipação se revela como ato impensado, em face do ilícito cometido pelo menor, permanece a responsabilidade do pai, quando não fundada no art. 932, inciso I, fundada nos princípios do art. 186 do Código em vigor. Caio Mário da Silva Pereira,⁴² no mesmo sentido, preleciona que em se tratando de emancipação legal, como por exemplo, aquela advinda pelo casamento, os pais estão liberados da responsabilidade, enquanto que no caso de emancipação voluntária não se eximem da responsabilidade paterna, pois “um ato de vontade não elimina a responsabilidade que provém da lei”.

A emancipação do filho entre 16 e 18 anos, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves,⁴³ produz todos os efeitos naturais do ato, menos o de isentar os genitores da responsabilidade pelos atos ilícitos praticados pelo filho emancipado, diversamente do que ocorre quando a emancipação decorre do casamento ou de outras causas previstas no art. 5º, do Código Civil. Entretanto, para referido autor, a responsabilidade dos pais, seria solidária com o filho emancipado.

Munir Karam,⁴⁴ por sua vez, preleciona o ato voluntário da emancipação deve corresponder à realidade dos fatos, de maneira que se o filho emancipado continua a viver na companhia dos pais, a deles depender, a seguir suas ordens, a viver às suas expensas, torna-se

evidente que a emancipação se realizou apenas no plano formal, sem suporte fático. De igual modo, se o filho não possui ainda maturidade suficiente, segurança no seu comportamento, não se mostra capaz de gerir os seus atos na vida civil, tem-se que a emancipação foi um ato irrefletido, e o filho continua dependente dos pais e sob o seu poder. Com, isso, conclui o autor, este tipo de emancipação não pode produzir efeitos liberatórios da responsabilidade do pai em relação aos atos danosos do filho.

José Fernando Simão,⁴⁵ por outro lado, sustenta que a responsabilidade dos pais pelos atos praticados por filhos emancipados deve ser exceção, e não regra, somente sendo admitida nos casos em que o filho emancipado continua a viver na casa paterna, sob vigilância, cuidado e dependência econômica e afetiva, sendo nesta hipótese ineficaz, para fins de isenção de responsabilidade dos genitores, a emancipação havida.

De fato, não se poderia dar interpretação diversa daquela contida no art. 932, inciso I, combinada com o art. 5º, do Código Civil em vigor, vez que não se poderia ter como fraudulenta ou concedida com finalidade ilícita toda e qualquer emancipação. Todavia, entendemos que caso a dependência econômica persista após a emancipação sequer há necessidade de o filho residir na casa paterna para que haja a responsabilidade dos genitores quanto aos atos ilícitos por aquele praticados. Isso porque, pode ocorrer de filho emancipado residir até mesmo em localidade diversa daquela em que residam seus genitores, embora deles continue a depender economicamente para sua manutenção e sobrevivência, para pagamento de aluguel, pagamento de prestação de apartamento e condomínio, para aquisição e manutenção de automóvel, para alimentação e pagamento dos estudos, enfim, caso dependa o filho emancipado de seus genitores por não alcançarem, conquanto emancipados, a autonomia plena de vida, ínsita ao próprio instituto da emancipação, sendo evidente que nestas circunstâncias, a emancipação havida não produziu os efeitos jurídicos inerentes ao próprio instituto, pouco importando se houve

⁴¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 115-6.

⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 100.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao código civil*. p. 431.

⁴⁴ KARAM, Munir. *Responsabilidade civil dos pais pelo fato do filho*. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 65. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 393-410. A citação encontra-se à p. 404.

⁴⁵ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. p. 171-7.

ou não intenção dos genitores de fraudarem a lei, de maneira que a responsabilização dos genitores, nessas hipóteses, atenderá, inclusive, ao princípio constitucional da solidariedade, inserto no art. 3º, inciso I, da Carta Maior, de maneira a não deixar a vítima irressarcida, sobretudo em razão do dever identicamente constitucional de educar os filhos, evitando que cometam atos ilícitos.

6. A Responsabilidade Decorrente da Paternidade Socioafetiva

A paternidade socioafetiva tem sido objeto das mais amplas reflexões, sobretudo em nossos dias, permeados de famílias reconstituídas. O cumprimento de funções parentais por aqueles que não são os genitores faz nascer uma responsabilidade tal qual a dos pais pelos atos dos infantes.

Pontes de Miranda,⁴⁶ ao discorrer sobre o tema, preleciona que embora o Código Civil não fale da responsabilidade do padrasto nem da madrasta, “se a mãe que casou com outrem tem a guarda, o padrasto tem o mesmo dever de vigilância” e se a mãe detentora da guarda vive maritalmente com outrem, haveria a necessidade de prova, a ser feita pela vítima, quanto à convivência e culpa do companheiro. Para referido autor, o mesmo dever paterno tem o avô, outro parente, ou estranho, inclusive preceptor, que, tendo legalmente a vigilância, não seja detentor do poder familiar. Segundo o autor, a regra contida no Código Civil abrange mais do que o poder familiar, de forma que “o padrasto, se o enteado está em companhia, da mãe, e, pois, dele, ou a madrasta, se em sua companhia está o enteado, é responsável”.

Referindo-se Pontes de Miranda à mãe detentora da guarda que “vive em companhia, maritalmente, de alguém”, está, sem dúvidas, a tratar do que hoje conhecemos como união estável, de maneira que não haveria motivo para se perquirir culpa do companheiro, pois assume na família a posição paterna. Daí

porque afirma José de Aguiar Dias⁴⁷ que “há contra o pai e, conseqüentemente, contra a pessoa que lhe faz as vezes, uma presunção *juris tantum* de responsabilidade” de maneira que, quando o Código alude aos pais, implicitamente se abrange aquele que, mesmo não sendo o genitor, é, entretanto encarregado da vigilância, sendo possível atribuir genericamente a responsabilidade por fato de menores ao chefe de família, seja ele o pai natural ou não.

Alvino Lima,⁴⁸ por sua vez, assevera que nas situações em que não viva o menor com o genitor, a solução da questão relativa ao dano ocasionado por aquele deve ser analisada de acordo com cada caso, concretamente, posto que há casos em que embora viva o menor com terceiros permanece sob a autoridade paterna, sustentando referido autor que havendo ato danoso é preciso examinar se a causa do dano provém da má-educação já recebida, ou de outra circunstância decorrente de orientação paterna, ou se a causa do dano se prende à nova orientação daquele com quem reside o menor, sendo que neste último caso deixa de existir a responsabilidade do genitor para existir a exclusiva responsabilidade do terceiro com quem more o filho menor.

Até mesmo a legislação tem acompanhado as transformações sociais e familiares, de maneira a permitir expressamente, com o advento da Lei n. 11.924, de 17 de abril de 2009 – que alterou o art. 57 da Lei n. 6.015/73, acrescentando-lhe o § 8º –, que o enteado ou enteada possa adotar o nome da família do padrasto ou madrasta “desde que haja expressa concordância destes”, sem prejuízo dos apelidos de família dos enteados. Referida lei, de autoria do Deputado Federal Clodovil Hernandes, tramitara como Projeto de Lei n. 206/2007, em cuja justificativa constou corretamente que muitas vezes, a relação entre os enteados e padrastos (ou madrastas) é semelhante àquela que liga pai e filho, asseverando que a nova regra “vem em socorro daquelas centenas de casos que vemos todos os dias, de pessoas que, estando em seu segundo ou terceiro

⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações*. v. 53. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1966. p. 134-5; 138; 141-2.

⁴⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 109-110.

⁴⁸ LIMA, Alvino. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. p. 45.

casamento, criam os filhos de sua companheira como se seus próprios filhos fossem. Essas pessoas dividem uma vida inteira e, na grande maioria dos casos, têm mais intimidade com o padrasto do que com o próprio pai, que acabou por acompanhar a vida dos filhos à distância”, sendo natural que nestes casos surja o desejo dos enteados de trazer em seu nome aquele da família do padrasto.

Cumpra lembrar que mesmo o Decreto n. 3.048/1999, que aprova o regulamento da Previdência Social, em seu art. 16, § 3º, com a redação que lhe conferiu o Decreto n. 4.032/2001, equipara os enteados aos filhos para efeito de recebimento de pensão, e ainda, a Lei n. 8.213/1991, dispendo sobre os planos de benefícios da Previdência Social, em seu art. 16, inciso II, “a”, com a redação dada pela Lei n. 9.528/1997, estabelece serem os enteados equiparados aos filhos, mediante declaração do segurado e prova da dependência econômica daquele, com o que é considerado igualmente dependente e beneficiário do regime previdenciário. Assim, a equiparação dos enteados aos filhos, para fins de recebimento de pensão, corrobora a tese de responsabilidade decorrente da paternidade socioafetiva, consubstanciada na posse do estado de filho. Portanto, correta e atual a doutrina de José Fernando Simão,⁴⁹ para quem a paternidade socioafetiva gera as consequências da paternidade biológica, com a total e plena responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores.

7. Conclusão

Conclui-se, pois, ser necessário interpretar a responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores de forma a buscar, mais do que a pacificação social, o integral cumprimento dos deveres conferidos aos pais pela Constituição da República, deveres que foram repetidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e sedimentados com o Código Civil vigente. Além disso, o princípio da solidariedade contido no texto constitucional é elemento capaz de demonstrar que havendo ato ilícito cometido por filhos menores de pais separados ou divorciados, que

acarrete dano a outrem, impõe-se o dever solidário de ambos os genitores à reparação da vítima, para, posteriormente, em ação regressiva entre si, perseguir qualquer dos genitores a reparação proporcional ao grau de influência e culpa na defeituosa formação do caráter do infante, ou reparação integral, podendo aquele que detiver a guarda do filho menor no momento do dano comprovar em juízo que a conduta ilícita foi incentivada, ensinada ou não evitada pelo outro genitor, pois persistindo o poder familiar do genitor não detentor da guarda, não estará ele isento de educar a prole com “absoluta prioridade”.

Os pais são responsáveis principais pela reparação do dano causado pelos filhos menores, de maneira que havendo saúde financeira para suportarem a indenização, somente eles responderão pelo ato danoso, não se alcançando através da ação os bens dos filhos menores. Entretanto, na hipótese de não possuírem bens suficientes à satisfação do débito, a fim de não caírem em estado de indignidade, respondem os menores de forma subsidiária, de maneira a manterem, igualmente, sua dignidade, evitando-se que sejam colocados em estado de miserabilidade.

No tocante à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos emancipados, restará o dever de indenizar somente quando se tratar da modalidade voluntária, oriunda da vontade dos genitores, comprovando-se fora concedida ao infante para eximir os genitores do dever de indenizar, ou ainda nos casos em que o menor emancipado continuar a depender economicamente dos genitores para sua sobrevivência, desnaturando o instituto da emancipação.

Conclui-se, igualmente, pela existência de responsabilidade decorrente da paternidade socioafetiva, na medida em que há, nesses casos, o exercício de funções paternas, além dos demais requisitos autorizadores do dever de reparação. Por outro lado, a responsabilidade objetiva dos genitores, ou de quem lhes faça as vezes, poderá ser elidida, de maneira a eximirem-se da reparação do dano causado pelos infantes, se comprovarem que o fato danoso decorreu de caso fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima, pois estas excludentes geram ruptura no nexo causal e afastam o dever de indenizar.

⁴⁹ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. p. 150.

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 10. ed. atual. por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. 1957. v. 5
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução Denise Agostinetti. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2008.
- BOMFIM, Silvano Andrade do. **Bullying e responsabilidade civil: uma nova visão do direito de família à luz do direito civil constitucional**. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. v. 22. Porto Alegre: Editora Magister. p. 60-81. jun./jul. 2011.
- _____. **A aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; SIMÃO, José Fernando (coords.). Ensaio sobre responsabilidade civil na pós-modernidade. Porto Alegre: Magister. 2009. v. 2. p. 409-42.
- BLUM, Renato M. S.. Opice; BRUNO, Marcos Gomes da Silva. **O novo código e o direito eletrônico**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coords.). Novo código civil: questões controvertidas. v. 1. 2. tir. São Paulo: Método. 2006. p. 205-18.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas. 2008.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1944. v. 2.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 18. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva. 2004. v. 7.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martín. Tratado de derecho civil: derecho de familia. Traduzido por Blas Pérez González e José Alguer. 2. ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch. 1952. v. 2. t. 4.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2008.
- _____. **Comentários ao código civil: parte especial: direito das obrigações (arts. 927 a 965 CC/2002)**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva. 2003. v. 11.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey. 2005.
- KARAM, Munir. **Responsabilidade civil dos pais pelo fato do filho**. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva. 1981. v. 65. p. 393-410
- LALOU, Henri. **Traité pratique de la responsabilité civile**. 5. ed. Paris: Dalloz. 1955.
- LIMA, Alvinio. **A responsabilidade civil pelo fato de outrem**. 2. ed. rev. e atual. por Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000.
- _____. **Culpa e risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1960.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: fontes acontratuais das obrigações – responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1961. v. 5.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense. 1990.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte especial: direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. 1966. v. 53.
- _____. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad. 1947. v. 2.
- _____. **Tratado de direito de família**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad. 1947. v. 3.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva. 2002. v. 4.
- SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas. 2008.
- TARTUCE, Flávio. **A responsabilidade civil dos pais pelos filhos e o bullying**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister/IBDFAM. 2010. p. 271-300.