

A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS DANOS CAUSADOS PELOS FILHOS MENORES¹

Caroline Lesnik Soares²

RESUMO

Hodiernamente, a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores é um tema corriqueiramente trazido à baila, em virtude de cada vez mais serem incumbidas tarefas aos pais em relação aos cuidados e vigilância para com os menores. Outrossim, em razão dos compromissos que assolam a vida adulta e pela ausência de proximidade física com o infante por longos períodos diários, cada vez mais é difícil aos pais acompanharem e manterem os olhos atentos sob a conduta dos filhos. Dessa forma, o presente estudo objetivou analisar a responsabilidade dos pais pelos atos ilícitos cometidos pelos filhos menores, fazendo uma abordagem pormenorizada dessa espécie de responsabilidade, inaugurando com o estudo da evolução do pátrio poder para o poder familiar, adentrando para a nova visão trazida pelo Código Civil de 2002, constituindo um grande marco o surgimento da responsabilidade objetiva em substituição a responsabilidade fundada na culpa. Posteriormente, é apontada a celeuma instituída pelos artigos 942, parágrafo único, e 928, parágrafo único, do Código Civil, na medida em que estabelecem a responsabilidade solidária dos filhos com os genitores e a responsabilidade subsidiária e mitigada do menor, e que, por possuírem efeitos incongruentes, tal situação gerou dúvida na doutrina e jurisprudência sobre qual dispositivo seria mais adequado para utilização no caso concreto. Por fim, o estudo se encerra fazendo uma abordagem das excludentes aplicáveis aos pais, de forma a flexibilizar a responsabilidade dos genitores em situação em que seria impossível ao responsável evitar o dano.

Palavras-chaves: Responsabilidade civil. Pais. Filhos menores.

1 INTRODUÇÃO

Cotidianamente o assunto relacionado à responsabilidade civil dos pais pelos filhos menores se faz presente, tendo em vista a atribuição natural incumbida aos genitores de prestar assistência, educação e vigilância para com os filhos, e a exigibilidade de reparação das vítimas quando esses cometem atos ilícitos.

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – e aprovado, com grau máximo, pela banca examinadora composta pelas professoras Doutora Daniela Courtes Lutzky (orientadora), Doutora Liane Tabarelli e Mestre Lúcia Isabel Godoy Junqueira d’Azevedo, em 03 de julho de 2017.

² Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

O Código Civil de 2002 trouxe substanciais alterações à matéria, abandonando a responsabilidade subjetiva fundada na culpa preconizada pelo Diploma Civil de 1916, consagrando a responsabilidade objetiva dos pais fundada no risco de estes colocarem os filhos no mundo. Tal mudança visou privilegiar o ressarcimento ao lesado, em virtude de, na vigência do Código Civil de 1916, as vítimas ficarem sem reparação em razão da dificuldade de provar a culpa dos responsáveis pelos menores. Desse modo, a insustentabilidade do sistema da culpa contribuiu para a consolidação da responsabilidade objetiva na nova Lei Civil.

Nessa esteira, o presente trabalho possui como escopo primordial o estudo da natureza jurídica da responsabilidade civil do pais pelos atos ilícitos cometidos pelos filhos menores, analisando os requisitos e pressupostos de configuração do dever de indenizar dos genitores, as situações em que o infante poderá responder com seus responsáveis, hipóteses em que o menor poderá ser responsabilizado diretamente pelo seu dano, além das excludentes de responsabilidade aplicáveis aos pais.

O artigo faz uma análise dos requisitos específicos para a configuração da responsabilidade dos pais, iniciando com o estudo do poder familiar, comentando a evolução do antigo pátrio poder para a nova concepção trazida pelo Diploma Civil. Posteriormente, aprecia-se a cristalização da responsabilidade objetiva trazida pelo Código Civil de 2002, fazendo um contraponto com a responsabilidade subjetiva que norteava o antigo Código de 1916. Após, discorre-se acerca do ponto controvertido trazido pelo Novo Código Civil: a responsabilidade solidária estabelecida pelo artigo 942 e parágrafo único, e o artigo 928 e seu parágrafo único, que traz à baila a responsabilidade subsidiária e mitigada do menor, antinomia a qual é fonte de divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Concluindo o estudo, é feita uma análise das hipóteses de excludentes de responsabilidade dos pais, trazendo, além das excludentes clássicas da responsabilidade civil, as específicas ao tema, e as hipóteses controvertidas desse tópico, como a responsabilidade civil em situações de separação e divórcio, a responsabilização nas ocasiões de guarda unilateral e compartilhada entre os genitores e a circunstância em que o menor é emancipado, se isenta ou não os responsáveis.

Desse modo, o trabalho buscou aprimorar o estudo da temática, sem o intuito de esgotá-la, trazendo uma análise robusta do complexo tema da responsabilidade civil dos pais.

2 DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS GENITORES POR DANOS CAUSADOS PELOS MENORES

A responsabilidade dos pais pelos filhos menores decorre de uma necessidade natural, visto que, em virtude de sua vulnerabilidade, os infantes necessitam de alguém que se responsabilize por sua guarda, educação e proteção até a completa formação de seu discernimento. Desse modo, as pessoas mais indicadas para exercer tal função, de forma contumaz, são os pais, desde o nascimento até o momento em que o filho atinja a capacidade plena.

Por conseguinte, sendo os pais os defensores naturais dos filhos e titulares de uma série de obrigações para com eles, depreende-se que tal função constitui um verdadeiro *munus*, tendo em vista que o Estado fixa normas para o exercício de tais obrigações e, dessa maneira, interessa que seja desempenhado de forma adequada³.

Dessa forma, esse conjunto de obrigações de guarda, proteção e zelo denomina-se de “poder familiar”, expressão cunhada pelo Código Civil de 2002 em substituição à expressão “pátrio poder” do Código Civil de 1916, assunto norteador do tópico seguinte.

2.1 Da responsabilidade dos pais decorrente do poder familiar

O poder familiar consiste no conjunto de obrigações dos genitores de vigiar, educar e de prestar assistência aos filhos menores. Sérgio Cavalieri Filho⁴ define-o como um vínculo jurídico legal existente entre pais e filhos “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”.

A expressão “poder familiar” foi trazida pelo Código Civil de 2002, substituindo a ultrapassada locução “pátrio poder”, utilizada pelo Código Civil de 1916. Outrossim, salienta-se que as alterações trazidas pelo Código Civil no tocante à matéria foram muito mais intensas do que a simples modificação do vocábulo.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil - volume VI: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 359.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 239.

A dicção *pátrio poder*, originada pelo Direito Romano⁵, evocava uma espécie de poder físico sobre a pessoa do outro⁶. Constituía um verdadeiro conjunto de prerrogativas conferidas ao pai sobre os filhos, no qual o pai, chefe de família, ocupava uma posição de senhor absoluto do lar⁷, sendo permitido inclusive dispor sobre a vida e a morte dos filhos⁸⁹. Com o decorrer do tempo, os poderes outorgados ao chefe de família foram sendo restringidos, sendo vedado ao patriarca expor, matar ou entregar os filhos como indenização¹⁰. Tal concepção foi evoluindo, passando a constituir em um exercício de uma gama de atribuições, cuja finalidade última era o bem dos filhos¹¹. No Código de 1916, em seu art. 384¹², encontrava-se previsto o rol de competências do pátrio poder, tais como: educação, criação, consentimento para casar, dentre outros.

Ao passo que a mulher casada foi se investindo de autonomia¹³, ganhando visibilidade como sujeito de direito distinta de seu marido e à proporção que os filhos foram sendo reconhecidos como indivíduos dotados de dignidade, obtendo tratamento legal isonômico¹⁴, o patriarcalismo exacerbado do *pátrio poder* entrou em decadência, dando espaço à uma nova concepção da família, onde deveriam preponderar direitos e deveres de forma equânime, prevalecendo o respeito e a busca do melhor interesse para a convivência familiar.

Sob essa dimensão surgiu o Código Civil de 2002, trazendo, além da substituição de expressões, uma nova visão da relação entre pais e filhos, na qual prevalece direitos e deveres

⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1994. p. 898.

⁶ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 271.

⁷ O *pater familias* ocupava a posição de chefe do lar, no qual nem mesmo o Estado limitava seus poderes. Em: RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1994. p. 898.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1994. p. 898.

⁹ Tal direito era denominado como *jus vitae et necis*, ou seja, direito de dispor sobre a vida e a morte. Em: GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil - volume VI: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 358.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil - volume VI: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 358.

¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1994. p. 898.

¹² Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I. Dirigir-lhes a criação e educação. II. Tê-los em sua companhia e guarda. III. Conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento, para casarem. IV. Nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder. V. Representar-lhes, até aos dezesseis anos, nos actos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos actos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento. VI. Reclamar-lhes de quem ilegalmente os detenha. VII. Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm >. Acesso em 01 de abril de 2017.

¹³ Com o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), que alterou o Código Civil de 1916, ficou assegurado o pátrio poder a ambos os pais, sendo exercido pelo marido com a colaboração da mulher. Em: DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 423.

¹⁴ LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 273.

recíprocos, que já vinha sendo tratada pela Constituição Federal de 1988, preceituando em seu artigo 229 o rol de deveres dos pais: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Dessa maneira, percebe-se a importância do poder familiar, cujos deveres e obrigações inerentes aos pais servem de subsídios para o desenvolvimento e formação do caráter do infante. Em virtude disso, aos pais é delegada ampla responsabilidade sobre os filhos, de modo que serão chamados a responder por atos faltosos cometidos por esses, estudo que se passa a aprofundar no tópico seguinte.

2.2 Da responsabilidade objetiva prevista no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 inovou trazendo a ampliação da responsabilidade objetiva, consolidando situações que já vinham sendo invocadas pela jurisprudência. O sistema da culpa, utilizado pelo Código Civil de 1916, diante de determinadas situações, foi se revelando insuficiente, de modo que o legislador do novo diploma percebeu que era imprescindível reduzir seu campo de incidência¹⁵, a fim de que os lesados não restassem irressarcidos e, desse modo, em situação de injustiça.

A transição da responsabilidade subjetiva para responsabilidade objetiva foi ocorrendo de forma bastante gradual. Diversos fatores culminaram para tal transformação: a revolução industrial, com a expansão do maquinismo e implantação da indústria, além da acentuada urbanização das cidades, contribuíram para a multiplicação da ocorrência de acidentes¹⁶. Desse modo, houve perceptível transformação do tratamento da jurisprudência diante de tais acontecimentos, de forma que as vítimas não ficassem desamparadas.

Nas palavras de Eugênio Facchini Neto¹⁷:

Mudança profunda passou a sofrer a teoria da responsabilidade civil a partir do último quartel do século XIX, acentuando-se ao longo do século XX, em consequência dos fenômenos da industrialização, acentuada urbanização e massificação da sociedade.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 6.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

¹⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. “Da responsabilidade civil no novo código”. **O novo código civil e a constituição**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 157.

É o que alguns chamam de era do maquinismo. A vida em conglomerados urbanos acarretou a multiplicação dos acidentes. Com a disseminação do uso de máquinas no processo industrial e no cotidiano das pessoas, operou-se sensível modificação na orientação da doutrina e jurisprudência para o tratamento das questões relativas à responsabilidade civil. Surgiu então a necessidade de socorrer as vítimas.

Diante desse cenário, o sistema da culpa provada¹⁸, estabelecido como cláusula geral no art. 159¹⁹ do Código Civil de 1916, foi se mostrando cada vez mais insatisfatório, impondo a necessidade da mudança de critérios da responsabilidade civil para o ressarcimento das vítimas.

À medida que foi sendo constatado que a teoria da culpa se revelava cada vez mais insuficiente por não atender à necessidade de indenizar as vítimas, somada à dificuldade da vítima em produzir prova contra o causador do dano, a teoria do risco foi conquistando cada vez mais adeptos, na busca de que os lesados alcançassem a plena reparação de seus prejuízos²⁰. De acordo com Nehemias Domingos de Melo²¹:

A teoria do risco foi desenvolvida a partir da constatação de que a responsabilidade fundada na culpa se mostrava insuficiente para que o lesado obtivesse a plena satisfação de seus prejuízos. Essa constatação, que ocorreu inicialmente no campo dos acidentes do trabalho (onde, devido ao aumento dos riscos causados pelas máquinas, associado à sucessão de acidentes ocorridos, premia por uma solução que protegesse o trabalhador) foi se alargando para contemplar as atividades ditas perigosas (...).

A responsabilidade objetiva trouxe como elemento basilar o risco, fundamento concebido por juristas franceses no final do século XIX. Tal modalidade estatui que todo prejuízo deve ser atribuído ao autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter agido ou não com culpa, resolvendo-se o problema na relação de causalidade. Nessa modalidade é irrelevante o nexó psicológico entre o fato e a vontade de quem pratica, bem como juízo de censura moral ou reprovação da conduta. O risco ultrapassa todos esses elementos²².

Em síntese, percebe-se que a transição do ultrapassado Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002 transcende a mera inclusão de artigos que estatuem a responsabilidade objetiva. O novo diploma ratifica o entendimento que já vinha sendo implementado pela

¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

¹⁹ Art. 159: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. **Código Civil**. Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 15 de abril de 2017.

²⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco: como fundamentos da responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 28

²¹ MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco: como fundamentos da responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005. p. 28

²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 181-182.

jurisprudência, transferindo o enfoque do autor do ato ilícito para a vítima do dano, que necessita ser amparada. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho²³: “a responsabilidade, antes centrada no sujeito responsável, volta-se agora para a vítima e a reparação do dano por ela sofrido”. Além disso, o dano adquire uma nova perspectiva, antes sendo concentrado apenas na vítima, e agora passando a ser um problema de toda a coletividade.

Conforme Eugênio Facchini Neto²⁴, o antigo posicionamento era no sentido de que, se o menor cometia um ato ilícito, tal situação denotava que os pais não estavam vigiando-o com o necessário cuidado (culpa *in vigilando*) ou estavam falhando na educação do filho (culpa *in educando*). Dessa forma, os próprios pais teriam cometido uma culpa.

Salienta-se que tal entendimento é completamente superado, e, hodiernamente, não mais se questiona acerca da culpa dos pais diante de um ato ilícito – culpa *in vigilando* e culpa *in educando* – como havia no Código Civil de 1916. Caio Mario da Silva Pereira²⁵, discorrendo acerca do tema, assevera:

O Código Civil de 2002, ao contrário do de 1916, que simplesmente presumia a culpa dos pais, deduzindo-a do dever de vigilância, instituiu expressamente a sua responsabilidade objetiva (art. 933). **Não lhe bastaria, pois, a alegação de que tomaram as cautelas normais, e que o filho traiu sua vigilância para que se exima do dever legal. Sua obrigação é ressarcir o dano causado pela culpa do filho menor.** (Grifo nosso).

Com o advento do Código de 2002, a responsabilidade dos genitores passa a ser objetiva, fundada no risco de os pais colocarem os filhos no mundo, de modo que assumem o risco de que os atos praticados pelos menores lesionem terceiros, ainda que esses não possuam a completa formação do discernimento²⁶.

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 9.

²⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. “Da responsabilidade civil no novo código”. **O novo código civil e a constituição**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 177.

²⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 557.

²⁶ Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70011941028**. Nona Câmara Cível, Desembargador Relator Odone Sanguiné, julgado em 14/12/2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 25 de março de 2017.

Dirimindo eventuais dúvidas, o art. 933²⁷ do Código Civil prevê de forma expressa que as pessoas indicadas nos incisos do art. 932²⁸ responderão ainda que não haja culpa de sua parte pelos danos causados pelos terceiros ali referidos. A responsabilidade dos pais pelos filhos encontra-se prevista no inciso I do art. 932, que dispõe: “São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; (...)”. Ou seja, a responsabilidade objetiva dos pais pelos filhos decorre de expressa previsão legal.

José Fernando Simão²⁹, comentando acerca da responsabilidade civil dos pais fundamentada no risco, chama a atenção para uma nova modalidade de risco: o risco dependência, que surge em virtude da deficiência de discernimento dos menores. Assevera o autor:

Na realidade, o Código Civil, ao adotar expressamente a responsabilidade objetiva, indica que aquele responsável pelos menores ou doentes (incapazes) assume o risco dependência, criando, portanto, nova modalidade de risco. O risco dependência é explicado pelo simples fato de a ausência de discernimento dos incapazes, ou de sua redução, torná-los potenciais causadores de danos. O discernimento completo e a possibilidade de se distinguir entre o certo e o errado faltam ao incapaz. Em decorrência do potencial de causar danos, a responsabilidade dos pais, dos tutores e curadores é objetiva.

Cumprе salientar que a VII Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, no ano de 2015, estabeleceu discreta limitação quanto à imputação objetiva da responsabilidade dos pais pelos filhos. De acordo com o coordenador-geral, Ministro Ruy Rosado Aguiar, deve-se ter em conta que a responsabilidade dos pais pelos filhos, não obstante seja objetiva, não encontra seu fundamento propriamente no exercício de uma

27 Art. 933: 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. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 11 de maio de 2017.

28 Art. 932: São também responsáveis pela reparação civil:

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

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

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

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

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. **Código Civil.**

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 11 de maio de 2017.

29 SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 81.

atividade de risco. Ressalta, ainda, que objetiva é a responsabilidade dos pais, e não dos filhos menores.

Dessa forma, serão considerados os pais responsáveis objetivamente pelo ato do filho em consonância com a análise da “culpa” do filho menor³⁰. Dessa forma, será considerado culposo o ato se, nas mesmas condições, tal ato poderia ser praticado por pessoa imputável. De acordo com entendimento do Ministro³¹: “Se assim não for, chegar-se-ia ao extremo de uma mesma situação submeter-se a uma regra de imputação objetiva apenas porque cometida por um menor, quando não o seria se praticada por um imputável.”

A limitação da abrangência da responsabilidade dos pais discutida na VII Jornada de Direito Civil resultou no Enunciado nº 590, estabelecendo:

A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, prevista no art. 932, inc. I, do Código Civil, não obstante objetiva, pressupõe a demonstração de que a conduta imputada ao menor, caso o fosse a um agente imputável, seria hábil para a sua responsabilização.

No tocante à forma de responsabilização, ao tratar do tema, o Código Civil de 2002 estatuiu um aparente conflito entre normas, fomentando vivos debates doutrinários e jurisprudenciais a respeito do assunto, surgindo questionamentos acerca da medida da responsabilização do menor. Dessa forma, nos tópicos seguintes, será feita análise pormenorizada dos artigos 942 e 928 do Código Civil, que estabelecem, respectivamente, a responsabilidade solidária e subsidiária dos filhos menores.

2.3 Da reponsabilidade solidária prevista no parágrafo único do artigo 942 do Código Civil

O Código Civil de 2002 estabeleceu no artigo 942, e seu parágrafo único, a responsabilidade solidária da obrigação de indenizar entre as pessoas elencadas no art. 932, dispondo:

³⁰ Importante ressaltar que o termo culpa não é a terminologia mais adequada ao caso, tendo em vista que os incapazes se tratam inimputáveis, no qual não se analisa a culpa.

³¹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VII Jornada de Direito Civil**. 2015. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/840>>. Acesso em 14 de maio de 2017.

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 coautores e as pessoas designadas no art. 932.

Consoante Carlos Roberto Gonçalves³²:

A obrigação solidária passiva pode ser conceituada como a relação obrigacional, oriunda de lei ou de vontade das partes, com multiplicidade de devedores, sendo que cada um responde *in totum et totaliter* pelo cumprimento da prestação, como se fosse o único devedor. Cada devedor está obrigado à prestação na sua integralidade, como se tivesse contraído sozinho o débito. Assim, na solidariedade passiva unificam-se os devedores, possibilitando ao credor, para maior segurança do crédito, exigir e receber de qualquer deles o adimplemento, parcial ou total, da dívida comum.

No tocante à solidariedade estabelecida pelo art. 942 do Código Civil, que determina que as pessoas elencadas no art. 932 respondem de forma solidária, cumpre destacar que já havia previsão correspondente no artigo 1.518 do Código Civil de 1916, demonstrando que houve recepção da norma pelo diploma em vigor. Ademais, o art. 156³³ do Código revogado estabelecia uma equiparação dos menores ao maior imputável no que dizia respeito às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que fosse culpado. Tal artigo não teve correspondência no Código Civil de 2002.

O artigo em comento, em seu *caput*, estabelece que, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. No parágrafo único determinou a solidariedade das pessoas elencadas no artigo 932, entre esses, os pais e os filhos, situação que motivou discussões na doutrina e jurisprudência.

Nota-se que tal dispositivo visa beneficiar a vítima, visto que há uma multiplicidade de pessoas que permite-a acionar, diminuindo as situações em que sua execução reste frustrada. Nesse sentido, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho³⁴:

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - volume 2: teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 152.

³³ Art. 156: O menor, entre 16 (dezesesseis) e 21 (vinte e um) anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que for culpado. Código Civil. Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 15 de maio de 2017.

³⁴ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 314.

O que justifica o regime da solidariedade, principalmente no caso de obrigação de indenizar, é o empenho de facilitar a exigência da indenização e de acautelar a vítima contra o risco da insolvência de algum dos obrigados. [...]. Nas relações externas, cada coobrigado pode ser compelido a satisfazer, parcial ou totalmente, a prestação (no caso a indenização); nas relações internas, as relações se dividem entre os vários sujeitos. Assim, se algum dos causadores do dano for insolvente, quem sofrerá o prejuízo daí resultante não é o credor, mas os restantes devedores, que não terão como reaver a quota ou parte do devedor insolvente.

Alguns doutrinadores, a exemplo de André Borges de Carvalho e João Ricardo Brandão Aguirre³⁵, defendem a utilização do instituto nas situações de reparação civil envolvendo menores, dispondo que as pessoas elencadas no art. 932, incluindo os pais e os filhos menores, responderão de forma solidária:

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 (art. 942 do CC/2002). Em todas as hipóteses acima arroladas³⁶ há solidariedade entre as pessoas ali designadas entre os autores e coautores.

A previsão do parágrafo único do artigo 942 dá ensejo para que o lesado, ao ajuizar a ação indenizatória, tenha a prerrogativa de eleger qual demandado irá acionar – se o responsável ou o filho menor – tendo em vista que, se são solidários passivos, poderá cobrar a totalidade do montante indenizatório de quem entender ter mais capacidade econômica. Nota-se que, desse modo, é possível que pais e filhos integrem o polo passivo da demanda indenizatória, formando litisconsórcio facultativo.

Dessa forma, denota-se que o artigo 942, parágrafo único, implementou a possibilidade de que o menor causador do dano possa ser demandado em ação judicial de forma direta, podendo responder solidariamente com seu responsável e, até mesmo, ser demandado isoladamente pela dívida inteira, consoante disposição do artigo 275 do Código Civil.

Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald³⁷ prelecionam que é admissível que a vítima se volte contra o menor para que esse componha o polo passivo da ação, embora se trate de questão mais imprevisível:

³⁵ BARROS, André Borges de Carvalho. AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Direito civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 270.

³⁶ O autor, no parágrafo, ao mencionar as “hipóteses acima arroladas” estava referindo-se aos incisos do artigo 932 do Código Civil de 2002.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Peixoto Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 606-607.

Há boas razões para pensarmos numa responsabilidade solidária entre pais e filhos na espécie: (a) a primeira, e mais pobre, porque puramente literal, remete-nos à dicção do parágrafo único do artigo 942, que explicitamente menciona a solidariedade, com os autores do dano, das pessoas designadas no artigo 932; (b) a segunda é que tal solução se compatibiliza com o princípio da reparação integral, progressivamente prestigiado, cuja diretriz proclama que não se deve deixar a vítima desamparada (digamos que os pais, circunstancialmente, não tem patrimônio em nome próprio, porque tudo registraram – antes da ocorrência do dano – em nome dos filhos).

Percebe-se que o legislador pretendeu salvaguardar a vítima em situações que, embora remotas, os menores possuam patrimônio mais numeroso de que seus responsáveis, e, dessa forma, possam indenizar o prejudicado, como por exemplo: (a) hipótese em que o menor que exerce atividade remunerada como aprendiz e que seus pais estejam desempregados, figurando como o provedor econômico da família; (b) o menor que recebe herança, adquirindo patrimônio; (c) hipótese em que todos os bens da família se encontrem registrados em nome do filho menor; (d) hipótese em que filho menor possua patrimônio e seus pais sejam insolventes.

Importante destacar que, em regra, os genitores possuem condições econômicas mais favoráveis para suportar a indenização em comparação com os filhos menores, visto que esses, geralmente por não exercerem atividades remuneradas, raramente possuem condições de arcar com a dívida. Não obstante exerçam alguma atividade remunerada, incertamente possuirão capacidade econômica para saldar o montante indenizatório em sua integralidade.

Em síntese: embora o lesado possa ajuizar a ação indenizatória unicamente em face do menor, tal situação é de difícil ocorrência, tendo em vista que, incertamente, os incapazes terão patrimônio suficiente para satisfazer o valor da indenização por inteiro. Outrossim, embora de difícil ocorrência, tal situação não se mostra impossível.

Outro ponto de controvérsia relevante a respeito da temática refere-se ao direito de regresso³⁸. Em regra, na solidariedade passiva, o devedor que saldou toda a dívida se sub-roga nos direitos do credor, podendo exercer seu direito de regresso contra o demais demandados, excluindo sua quota parte. Entretanto, no tocante à relação dos responsáveis e do filho menor, tal situação é expressamente vedada pelo artigo 934 do Código Civil, que dispõe: “ Aquele que

³⁸ Sobre o assunto, o julgado do Superior Tribunal de Justiça veda expressamente o direito de regresso entre pais e filhos: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.319.626/MG**. Ministra Relatora Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 26/02/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 de maio de 2017.

ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz. ”

Carlos Roberto Gonçalves³⁹ assevera que tal limitação se dá em razão de considerações de ordem moral e da organização econômica da família, dispondo: “[...] independentemente das razões invocadas, os pais jamais poderão reaver do seu filho incapaz o que houver pago aparentemente por ele, pela simples e decisiva razão de que o pai não paga pelo filho incapaz. Solve, ao contrário, dívida própria. ”

Rui Stoco⁴⁰ comenta acerca do artigo 942, que prevê a responsabilidade solidária, e da vedação prevista no artigo 934, estabelecendo ressalvas na utilização dessa técnica contra os menores:

Em verdade, a vítima pode voltar-se judicialmente contra o incapaz isoladamente, ou contra seu responsável, ou, ainda, contra ambos, por força da solidariedade estabelecida na lei, embora fique registrada, mais uma vez, a nossa ressalva de que essa solidariedade firmada pelo Código não nos parece possível. Mas se os pais, isoladamente, satisfizerem a obrigação, não poderão valer-se da ação de regresso contra o filho, se esse for incapaz.

Conforme mencionado, o legislador, ao instituir o parágrafo único do artigo 942 do Diploma Civil de 2002, deu ensejo a fortes debates tanto na doutrina quanto na jurisprudência, na medida que o Código Civil trouxe, também, no artigo 928 e seu parágrafo único, a previsão da responsabilidade subsidiária do menor em detrimento dos pais.

Dessa forma, ao prever ambas situações, percebe-se que o diploma vigente promoveu uma colisão entre normas, tendo em vista que são institutos que acarretam resultados incompatíveis. Na concepção de José Fernando Simão⁴¹, tal situação não consiste propriamente em uma contradição, mas assevera que os institutos produzem efeitos inconciliáveis entre si. Pronuncia o autor⁴²:

Em relação à responsabilidade do incapaz, está-se diante de clara situação de antinomia. Isso porque determina o artigo 928 do Código Civil que o incapaz

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil: parte especial: direito das obrigações, volume 11 (arts. 927 a 965)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 457-458.

⁴⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1074.

⁴¹ SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 209.

⁴² SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 206.

responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. [...] **O artigo 942 do mesmo diploma indica que são solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no artigo 932, ou seja, os incapazes e seus representantes. As regras atinentes à solidariedade opõem-se àquelas referentes à subsidiariedade [...].** (Grifo nosso).

Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavaliéri Filho⁴³ consideram que a responsabilidade solidária prevista no artigo em comento, no que toca às pessoas designadas no artigo 932, deve ser interpretada de forma restritiva:

A contrário senso, o incapaz não responde se as pessoas por ele responsáveis puderem responder. Logo, não será com elas solidário. O incapaz só responderá sozinho e subsidiariamente se as pessoas por ele responsáveis (que são as designadas no artigo 932, I e II) não puderem responder. A responsabilidade do pai, portanto, se o causador do dano for filho inimputável, será substitutiva, exclusiva, e não solidária. Isso se aplica também ao curador do amental e ao tutor do pupilo.

Acerca da antinomia estabelecida entre o parágrafo único do artigo 942 e o artigo 928 e seu parágrafo único, salienta-se que o tema será estudado de forma mais aprimorada no tópico seguinte.

Interessante destacar que o instituto da emancipação constitui importante elemento na configuração da responsabilidade solidária entre os genitores e os filhos menores. Boa parte da doutrina, inclusive, partilha do entendimento de ser essa a única hipótese em que o menor poderá responder solidariamente com os pais.

Carlos Roberto Gonçalves⁴⁴ entende que a responsabilidade solidária constitui medida excepcional, e que a única possibilidade de o menor responder de forma solidária com os responsáveis seria na hipótese de ter sido emancipado nos termos do art. 5º, parágrafo único, I do Código Civil⁴⁵: “A única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor

⁴³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 315-316.

⁴⁴ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro - volume 4: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 120.

⁴⁵ Art. 5º: A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; (...).

Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 28 de maio de 2017.

de 18 anos com seu pai é se tiver sido emancipado aos 16 anos de idade. Fora isso, a responsabilidade será exclusivamente do pai, ou exclusivamente do filho[...].”

Em síntese, conclui-se que a responsabilidade solidária dos pais pelos filhos emancipados somente ocorrerá na hipótese de emancipação voluntária, realizada nos termos do art. 5º, parágrafo único, inciso I. Na opinião de Cristiano Chaves Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald⁴⁶, tal entendimento foi adotado a fim de que fossem evitadas emancipações com intuito fraudulento, com o propósito de livrar os pais da responsabilidade civil para com os filhos. Asseveram que: “a emancipação voluntária, portanto, não tem o poder jurídico de imunizar os pais em relação à responsabilidade civil dos filhos, continuando, ao lado destes, responsáveis.”

Essa interpretação resultou no Enunciado nº 41 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal⁴⁷, consignando: “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”.

Tendo sido abordado os principais aspectos do instituto da solidariedade, passa-se ao exame da subsidiariedade, entendimento que divide a doutrina e jurisprudência no tocante à responsabilização do pais pelos filhos menores.

2.4 Da responsabilidade subsidiária prevista no artigo 928 e seu parágrafo único do Código Civil

O artigo 928⁴⁸ foi uma das importantes inovações trazidas pelo Código Civil de 2002, tendo em vista que não há correspondência desse artigo com nenhum previsto no Código Civil de 1916, sendo, portanto, totalmente novo. O dispositivo introduz a responsabilidade

⁴⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Peixoto Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 608-609.

⁴⁷ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil**. 2002. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/41>> Acesso em 29 de maio de 2017.

⁴⁸ Art. 928: O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 16 de maio de 2017.

subsidiária e mitigada do menor incapaz, seguindo a esteira das codificações europeias⁴⁹, estabelecendo, a possibilidade de o menor responder diretamente por seus danos.

Tal responsabilidade determina que um dos responsáveis será o obrigado originário e o outro possuirá apenas a responsabilidade por essa obrigação, em reforço ou substituição ao obrigado principal. Dessa forma, existe uma preferência na execução dos bens do obrigado primário, sendo que, somente serão executados os bens do obrigado subsidiário na ausência de bens ou quando esgotados os bens do primeiro responsável.

Nesse passo, o artigo 928 do Novo Diploma Civil estabeleceu 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”. Por força desse dispositivo, os incapazes responderão de forma secundária pelo dever de reparar, em situações em que o patrimônio dos responsáveis for insuficiente para saldar o montante indenizatório ou quando esses não tiverem a obrigação de fazê-lo.

Sobre a inovação, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁵⁰ comentam:

No seu art. 928, subvertendo a teoria tradicional que considerava o menor impúbere inimputável, a lei civil consagrou a plena responsabilidade jurídica do incapaz – em cujo conceito se subsume o menor –, desde que os seus responsáveis **não tivessem a obrigação de indenizar ou não dispusessem de meios suficientes para tanto**. (Grifos no original).

Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes⁵¹ asseveram que o artigo ampliou consideravelmente a possibilidade de reparação das vítimas:

A solução inova em face do sistema anterior, em que a vítima poderia permanecer sem indenização, ainda que o incapaz possuísse patrimônio significativo, em caso de insolvência do responsável. A situação era objeto de críticas por parte da doutrina (...), embora tivesse o mérito de resguardar o patrimônio do incapaz, tornando-o invulnerável à execução. No regime atual, nestas situações, por razões de política legislativa, preferiu-se, em detrimento da tutela ao incapaz, sacrificar seu patrimônio a deixar desamparada a vítima do dano.

⁴⁹ NETO, Eugênio Facchini. “Da responsabilidade civil no novo código”. **O novo código civil e a constituição**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 172.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: volume III – responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 171.

⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – volume II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 820.

Dessa forma, evidentemente o legislador privilegiou o ressarcimento do lesado à tutela do incapaz, tendo em vista que, em determinadas situações, a vulnerabilidade da vítima é maior que a do incapaz⁵².

Sobre o tema, preleciona Rui Stoco⁵³:

Salta aos olhos que se estabeleceu a responsabilidade primária dos pais e dos responsáveis, quando os filhos (bem como o tutelado e o curatelado) estiverem sob sua autoridade e em sua companhia, e subsidiária ou secundária dos filhos menores e dos incapazes em geral, **pois eles só responderão pelos danos que causarem se os seus responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo**, seja porque o incapaz se recuperou, foi emancipado, contraiu matrimônio, não esteja sob o poder familiar, ou qualquer outro motivo escorado na lei, ou, ainda, não disponha de meios suficientes para cumprir a obrigação. (Grifo nosso).

O autor⁵⁴ comenta que, se ambos possuírem bens capazes de solver a dívida, ainda assim deve prevalecer a responsabilidade dos genitores, visto que esses são os obrigados primários:

Estabeleceu-se, como visto, uma responsabilidade não solidária, mas alternativa, quer dizer: “ou um, ou outro”, pois, **ainda que o incapaz disponha desses meios, o dispositivo legal estabelece, sem margem à dúvida, que ele só responderá se o pai, tutor ou curador não estiverem obrigados ou não dispuserem de meios materiais**. Significa que, se tanto o incapaz como o seu responsável possuírem esses meios, apenas este último responderá, pois há de valer a regra fundamental estabelecida, qual seja a de que o devedor primário ou principal é o responsável. (Grifo nosso).

Perfilham desse entendimento Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald⁵⁵:

Respondem os pais pelos danos causados pelos filhos menores. Se, contudo, os pais não possuírem patrimônio para fazer frente ao dano, aí sim, nessa hipótese, o patrimônio do menor pode ser chamado a responder, **porém não inicialmente** (o que afasta, em tese, o argumento de que a vítima ficaria desamparada, pois vai-se, sequencialmente, ao patrimônio do menor). (Grifo nosso).

⁵² Nessa esteira é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme recente decisão: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.436.401/MG**. Ministro Relator Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/02/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

⁵³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 1072.

⁵⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 914.

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Peixoto Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 607.

Nessa esteira, José Fernando Simão⁵⁶ afirma que incumbe à vítima provar que os responsáveis do menor não possuem condições de arcar com todo o prejuízo, para assim acionar o menor. Outrossim, salienta que tal exigência acarreta em um “retardamento no recebimento da indenização devida [...] A subsidiariedade, portanto, é excelente para o incapaz, mas ruim para a vítima.”

Dessa forma, nota-se que o dispositivo em comento prevê a possibilidade de o menor responder diretamente pelos seus danos. Entretanto, deve ser ressaltada que tal hipótese consiste em situação excepcional, tendo em vista que, consoante mencionado no tópico anterior, em regra quem possui mais capacidade econômica para ressarcir o prejudicado são os pais. Outrossim, cumpre enfatizar que o novo diploma civil inaugurou essa oportunidade para a vítima.

No que concerne à celeuma inserida pelo Diploma Civil de 2002, conforme comentado no tópico 2.3, ao prever a responsabilidade solidária dos pais e filhos no art. 942 e a responsabilidade subsidiária dos menores em detrimento dos responsáveis no seu artigo 928, nota-se que o Código instituiu normas de comandos contraditórios, causando divergência na doutrina e na jurisprudência sobre de qual dispositivo deve prevalecer diante do caso concreto.

Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald⁵⁷ afirmam sua preferência pelo critério da subsidiariedade e, comentando a respeito do conflito entre normas, asseveram que deve prevalecer a corrente da subsidiariedade por se tratar de norma especial:

Prevalece, parece-nos, o artigo 928, por várias razões. Podemos, a princípio, argumentar que se trata de norma especial, em relação à norma do artigo 942, que seria a norma geral sobre a matéria. Ademais, em interpretação intrassistêmica, percebemos que a responsabilidade do incapaz é excepcional no direito privado – sendo, aliás, impossível antes do advento do Código Civil de 2002. Está atualmente condicionada à ausência de condições econômicas (do responsável pelo incapaz) em arcar com o dano. Só aí o incapaz responde civilmente.

⁵⁶ SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 217.

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Peixoto Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 607.

Rui Stoco⁵⁸, compartilhando do mesmo entendimento, assevera que o artigo 942 institui a norma geral, asseverando que não vislumbra contradição entre os artigos, e que se trata de inadequação da disposição física do Código Civil:

Com a devida vênia e respeito pelo entendimento, não se vislumbra contradição entre o art. 928 e a cabeça do artigo. 942.

Essa última disposição apenas estabelece, como regra geral, para todos os casos, que os bens do responsável pelo dano respondem pela reparação, solução essa óbvia, sendo certo que o artigo não especifica esse responsável, de modo que sua definição está a cargo de outras regras do mesmo Código. [...]. Se crítica merece o Código, é no sentido de que a disposição física do art. 928 no respectivo capítulo parece equivocada e sugere confusão e dificuldade de entendimento, pois a exceção veio antes da regra [...].

Nesse sentido, José Fernando Simão afirma que o artigo 942 deve ser lido conjuntamente com o artigo 928 do Código Civil, visto que esse último constitui regra especial acerca da responsabilidade dos menores, e que, dessa forma, o artigo 942 estabelece a regra geral:

Em conclusão, o artigo 942, parágrafo único, do Código Civil, deve ser lido da seguinte maneira: são solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no artigo 932, salvo se o causador do dano for pessoa absoluta ou relativamente incapaz, hipótese em que a responsabilidade dos incapazes é subsidiária.

Ao passo que o Código Civil de 2002 consagrou a possibilidade de a vítima demandar o próprio menor nas ações indenizatórias, cumpre salientar que a hipótese possui caráter excepcional, necessitando que seja cumprido certos requisitos.

Desse modo, a fim de também proteger o incapaz, o parágrafo único do artigo 928 estabeleceu uma limitação ao prever a reparação mitigada: “A indenização prevista nesse artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. ”

Nesse contexto foi o entendimento do Ministro Relator Luís Felipe Salomão, ao fundamentar seu voto no julgamento do REsp nº 1.436.401/MG⁵⁹:

Portanto, para correta interpretação do dispositivo, **penso que a responsabilidade do incapaz será subsidiária - apenas quando os responsáveis não tiverem meios para**

⁵⁸ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 915.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.436.401/MG**. Ministro Relator Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 02/02/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

ressarcir -, condicional e mitigada - não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF) - e equitativa -, pois a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. único e En. 449/CJF). Em outras palavras, o filho menor não é responsável solidário com seus genitores, mas subsidiário. (Grifo nosso).

Rui Stoco⁶⁰ assevera que é fundamental que o incapaz disponha de patrimônio para ressarcir a vítima, e que esse não lhe faça falta ou não o prive do necessário para subsistir, tanto o incapaz como seus dependentes. Denominando como “princípio da responsabilidade condicionada dos incapazes”, afirma que a expressão “deverá ser equitativa” trazida pelo parágrafo único do dispositivo 928 merece comentários: “Equitativo é aquilo que é igual, reto e justo, de modo que, segundo o texto, o julgador poderia fixar um valor que entender equânime, ainda que não indenize por completo. ” Dessa forma, a mitigação da responsabilidade do incapaz só se justificará quando resultar em excessivo rigor que tangencie para o injusto.

Na esteira desse entendimento, foi aprovado o Enunciado nº 39 da I Jornada de Direito Civil⁶¹, estendendo também aos responsáveis pelo incapaz a mitigação do valor da indenização quando os privarem do necessário, dispondo:

A impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do 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.

Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes⁶² comentam acerca da extensão do limite humanitário aos pais:

A partir dela, vê-se que, também nos casos em que a indenização recaia sobre o patrimônio do pai, tutor ou curador, o limite humanitário haverá de ser protegido, e a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos estes ao montante necessário à manutenção de uma vida digna, noção que não deve ser interpretada de forma restritiva.

⁶⁰ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 915.

⁶¹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/39>> Acesso em 28 de maio de 2017.

⁶² TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – volume II**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 822.

Desse modo, percebe-se que a previsão do parágrafo único do artigo em comento relativizou a regra de que, sempre que há um dano, a vítima deverá ser ressarcida equivalente ao prejuízo que sofreu, de acordo com o disposto no *caput* do artigo 944 do Código Civil.

Nesse diapasão, o Código Civil de 2002 permitiu que os pais se desobriguem, ainda que parcialmente, da responsabilidade de indenizar, na ausência de patrimônio suficiente. Ademais, cumpre ressaltar que nem sempre os pais poderão manter os olhos atentos sob os filhos, embora sejam primorosos na educação e vigilância dos menores. Dessa forma, passa-se ao estudo das hipóteses em que os pais poderão se exonerar do dever de reparar os danos cometidos pelos filhos menores.

2.5 Das excludentes de responsabilidade aplicáveis aos genitores

A responsabilidade objetiva dos pais decorre do exercício do poder familiar, no qual encontram-se inerentes os deveres de guarda e vigilância⁶³. Outrossim, em determinadas situações, não obstante os genitores sejam rigorosos em seu dever de educação e vigilância para com os infantes, esses poderão causar danos a terceiros, não podendo os pais evitá-los.

Dessa forma, embora a responsabilidade dos pais esteja jungida ao risco de os filhos causarem danos, em casos excepcionais, o legislador permitiu que os pais se exonerassem da obrigação de indenizar, nas situações em que a ocorrência do dano fugisse da sua alçada de cuidado.

Na vigência do Código Civil de 1916 era permitido que os pais se escusassem da obrigação de indenizar se provassem sua não culpa pela ocorrência do dano. Entretanto, com a expressa previsão dos artigos 933 e 932, I do Código Civil de 2002, que determinou a responsabilidade objetiva dos pais pelos filhos menores, tal situação foi completamente repelida, não se questionando mais a culpa.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho⁶⁴, os pais podem se exonerar da responsabilidade se comprovarem que, jurídica e justificadamente, perderam o poder de direção do filho menor,

⁶³ Conforme aludido no tópico 2.2.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 240.

cabendo-lhe o ônus dessa prova. O poder de direção encontra-se inerente ao poder familiar, diretamente relacionado ao fato de os menores estarem sob autoridade e companhia dos pais, conforme dispõe o inciso I do art. 932. Nessa situação, Vaneska Donato de Araújo⁶⁵ preceitua que os genitores devem comprovar que não possuíam a obrigação de vigiar e fiscalizar o filho menor por razões alheias a sua vontade, a exemplo do filho que foge de casa, envolve-se com drogas, esteja em local desconhecido, dentre outras. Desse modo, verifica que se torna impossível aos responsáveis exercer o poder de autoridade sobre os filhos.

Além disso, em consonância com o disposto no Enunciado nº 590 da VII Jornada de Direito Civil, os pais não responderão pelo ato ilícito cometido pelo filho se for demonstrado que o agir danoso do menor, caso tal ato fosse praticado por imputável, em condições de ser considerado culposos, seria hábil para sua responsabilização.

Nesse sentido assevera Sérgio Cavalieri Filho⁶⁶:

Se o inimputável agiu em condições em que não se lhe poderia atribuir culpa alguma caso fosse imputável, não poderia ser obrigado a indenizar. Seria um contrassenso tratar o inimputável, nesse aspecto, com maior severidade do que as pessoas imputáveis, exigindo dele uma conduta que a estas não se impõe.

Ademais, imprescindível que seja comprovado que o ato danoso foi, de fato, praticado pelo filho menor, visto que se não restar provado nos autos que a conduta geradora do dano foi praticada pelo menor, os pais não se responsabilizarão pelo ato.

No que tange à coabitação dos responsáveis com o menor, importante ressaltar que a ausência dessa, em regra, não isenta os pais de responsabilidade, tendo em vista que os deveres inerentes ao poder familiar permanecem hígidos, mesmo nas hipóteses de separação ou divórcio dos genitores. Consoante Cristiano Chaves Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald⁶⁷:

Em outras palavras, o pai, mesmo morando longe do filho, pode, em certas situações, ser chamado a responder pelo dano. A análise não pode ser centrada apenas na coabitação. É preciso ir além e investigar se o poder familiar persiste, com todos os deveres de orientação e vigilância que lhe são inerentes.

⁶⁵ ARAÚJO, Vaneska Donato. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 149.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 42.

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Peixoto Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 605.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁶⁸:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL INDIRETA DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS. EXCLUDENTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. 1.- Os pais respondem civilmente, de forma objetiva, pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (artigo 932, I, do Código Civil). **2.- O fato de o menor não residir com o(a) genitor(a) não configura, por si só, causa excludente de responsabilidade civil.** [...]. 5.- Agravo Regimental a que se nega provimento. (Grifo nosso).

De outra banda, o Superior Tribunal de Justiça⁶⁹ já flexibilizou esse entendimento, em situação que o genitor não possuía a guarda, nem habitava no mesmo domicílio do menor, de modo que não haveria como o pai evitar a ocorrência do dano⁷⁰:

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DE FILHO MENOR. PRESUNÇÃO DE CULPA. LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIEDADE, DO GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA. POSSIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA *IN CASU*. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. I – Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano. [...] III – No presente caso, sem adentrar-se no exame de provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de forma irregular e guardada sem qualquer cautela (fls. 625/626). IV – **Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrido, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima.** V – Recurso especial desprovido. (Grifo nosso).

Verifica-se, no entanto, que tal situação possui caráter excepcional.

No tocante à separação ou divórcio, cumpre ressaltar que o estado civil dos genitores, em regra, não influencia na obrigação de indenizar os danos dos filhos menores, da mesma maneira que a coabitação. O genitor que não possui a guarda não está isento de responder civilmente,

⁶⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 220.930/MG**, Ministro Relator Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 09/10/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

⁶⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 777.327/RS**. Ministro Relator Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/11/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 24 de maio de 2017.

⁷⁰ Cristiano Chaves Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosendal criticam tal decisão pois não consideram correta a isenção da responsabilidade dos genitores pela comprovação que estes não concorreram com culpa para o dano, tendo em vista a clara opção da lei civil pela responsabilidade objetiva. Em: **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 606.

tendo em vista que a autoridade parental não se esgota na guarda⁷¹, além de que a separação ou divórcio não rompem com os deveres do poder familiar. De acordo com Bruno Miragem⁷²:

No direito brasileiro, admite-se a responsabilidade dos pais que não detenham a guarda. Assim ocorre no caso de separação judicial, por exemplo, quando a guarda é exercida por um os pais, o que relativiza a exigência de que esteja o menor em companhia do pai, conforme dispõe o art. 932, I, do Código Civil.

Nesse diapasão foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.074.937/MA⁷³, determinando que o poder familiar subsiste mesmo com a separação, que não isenta o cônjuge que não detém a guarda nem coabita com o filho:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE DOS PAIS E DA AVÓ EM FACE DE ATO ILÍCITO PRATICADO POR MENOR. SEPARAÇÃO DOS PAIS. PODER FAMILIAR EXERCIDO POR AMBOS OS PAIS. DEVER DE VIGILÂNCIA DA AVÓ. REEXAME DE FATOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO. [...] 4. **A mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação aos atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente.** Ademais, não pode ser acolhida a tese dos recorrentes quanto a exclusão da responsabilidade da mãe, ao argumento de que houve separação e, portanto, exercício unilateral do poder familiar pelo pai, pois tal implica o revolvimento do conjunto fático probatório, o que é defeso em sede de recurso especial. Incidência da súmula 7/STJ. [...] 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (Grifo nosso).

Segundo Cristiano Chaves Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald⁷⁴, excluir, de forma peremptória, a responsabilidade do pai ou da mãe que não possui a guarda, implica colocar sob os ombros de um só genitor um peso desproporcional, redundando em injustiças. Entretanto, admitem que afirmar, sem abrir espaços para exceções, que todo pai ou a mãe que não detiver a guarda responderá, indiscutivelmente, em todos os casos, converte-se para uma generalização desastrosa, desprestigiando o caso concreto. Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça⁷⁵ flexibilizou o entendimento, no julgamento do REsp nº 1.146.665/PR:

⁷¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Peixoto Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 603.

⁷² MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 309-310.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.074.937/MA**. Ministro Relator Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/10/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 25 de maio de 2017.

⁷⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Peixoto Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 603.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.146.665**. Ministro Relator Massami Uyeda, Terceira Turma, Data de Julgamento: 22/11/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 25 de maio de 2017.

RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ART. 18, §§ 1º E 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSOCIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DASÚMULA 282/STF - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS DANOS CAUSADOS POR FILHOS MENORES DE IDADE - EXCLUSÃO - POSSIBILIDADE -COMPROVAÇÃO DE QUE NÃO CONCORREU COM CULPA NA REALIZAÇÃO DO EVENTO DANOSO - PRECEDENTES - NECESSIDADE DE PRÉVIA PARTICIPAÇÃO E MANIFESTAÇÃO NA LIDE INDENIZATÓRIA DO GENITOR SEPARADO E SEM GUARDA - LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - IDENTIFICAÇÃO - HOMENAGEM AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA - DANO MORAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO - MODIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO EXCEPCIONAL NÃO DEMONSTRADA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - COMPROVAÇÃO - INEXISTÊNCIA - ENTENDIMENTO OBTIDO PELO EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA SÚMULA 7/STJ - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. [...]. II - **A jurisprudência desta Corte Superior caminha no sentido de que é possível, ao genitor, ainda que separado e sem o exercício da guarda, eximir-se da responsabilidade civil de ilícito praticado por filhos menores, se comprovado que não concorreu com culpa na ocorrência do dano. Precedentes.** III - Contudo, para tanto, é mister que o genitor separado e sem a guarda, participe da lide, em homenagem à ampla defesa e ao contraditório, momento em que será possível, ao genitor, comprovar se, para a ocorrência do evento danoso, agiu com culpa. [...] VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (Grifo nosso).

Os autores consideram possível que o magistrado, diante do caso concreto, investigue o grau de influência que o pai ou a mãe exercia sobre o menor, de modo a aferir o nexo de causalidade com o dano⁷⁶:

Muitas vezes, o pai ou a mãe que não tem a guarda não tem, de fato, nenhuma ascendência ou controle sobre o que faz o menor, nem tampouco sobre sua educação. Não é, sabemos, a situação desejável. Pelo contrário, está muito longe disso. Mas existe, acontece, não podemos desconhecer.

O Enunciado nº 450⁷⁷, editado pela V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, sob coordenação do ministro Ruy Rosado de Aguiar, declarou que, em regra, os genitores responderão solidariamente pelos danos causados pelos filhos menores, ainda que estejam separados.

No que concerne à emancipação, cumpre destacar que esse instituto é alvo de controvérsias na doutrina e jurisprudência quando relacionado com a responsabilidade dos pais

⁷⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Peixoto Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 603.

⁷⁷ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 450**: “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”. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/381>> Acesso em 22/05/2017.

pelos filhos menores, merecendo especial atenção. A emancipação consiste na antecipação da maioridade, na aquisição de capacidade civil antes dos 18 anos, estando suas hipóteses previstas no art. 5º do Código Civil⁷⁸, podendo ser voluntária, judicial ou legal.

Nessa esteira, Cristiano Chaves Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald⁷⁹ prelecionam que a emancipação voluntária, realizada nos termos do art. 5º, parágrafo único, I do Código Civil, não isentam os genitores de responder solidariamente com os filhos menores:

Busca-se, com essa postura hermenêutica, evitar emancipações fraudulentas e maliciosas, com o só propósito de livrar os pais da responsabilidade civil na hipótese. Poderíamos, inclusive, nesses casos, entender que a emancipação foi realizada com fraude à lei. **A emancipação voluntária, portanto, não tem o poder jurídico de imunizar os pais em relação à responsabilidade civil dos filhos**, continuando, ao lado destes, responsáveis. (Grifo nosso).

Nesse diapasão foi a decisão do Ministro Relator Eduardo Ribeiro, no julgamento do REsp nº 122.573/PR⁸⁰:

SUSPENSÃO DO PROCESSO. JUSTIFICA-SE SUSTAR O CURSO DO PROCESSO CIVIL, PARA AGUARDAR O DESFECHO DO PROCESSO CRIMINAL, SE A DEFESA SE FUNDA NA ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA, ADMISSÍVEL EM TESE. Dano moral. Resultando para os pais, de quem sofreu graves lesões, consideráveis padecimentos morais, têm direito a reparação. Isso não se exclui em razão de o ofendido também pleitear indenização a esse título. **Responsabilidade civil. Pais. Menor emancipado. A emancipação por outorga dos pais não exclui, por si só, a responsabilidade decorrente de atos ilícitos do filho.** (Grifo nosso).

⁷⁸ Art. 5º: A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 28 de maio de 2017.

⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Peixoto Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 608-609.

⁸⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 122.573/PR**. Ministro Relator Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, Data de Julgamento: 23/06/1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

Desse modo, corolário lógico é que a emancipação realizada nos termos das outras hipóteses previstas no artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil (casamento, colação de grau, dentre outros) eximirá os pais de responderem pelos atos dos filhos.

De outro turno, Sérgio Cavalieri Filho⁸¹ define a responsabilidade dos pais como intermitente, afirmando que essa ora cessa, ora restaura, na medida que pode ser delegada, a exemplo, quando os filhos se encontrarem na escola. Entretanto, ressalva: “[...] nem toda delegação de vigilância transfere a responsabilidade dos pais; somente aquela que tem caráter de substituição, permanente ou duradoura, e feita juridicamente a quem tem condições de exercer responsabilmente o poder de direção sobre o menor.” Dessa forma, percebe-se que não é qualquer delegação de responsabilidade que possui o condão de cessar com a responsabilidade dos pais. Carlos Roberto Gonçalves⁸² determina que ocorre transferência do poder de direção na ocasião de os filhos encontrarem-se internados em estabelecimento de ensino, situação na qual vigorará a responsabilidade do educandário, ou na hipótese de o menor ser empregado ou preposto de alguém, delegando a responsabilidade ao seu patrão.

Nesse sentido foi o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul⁸³, que decidiu afastar a responsabilidade dos pais do filho que cometeu ato infracional equiparado ao homicídio em horário escolar, mantendo outro jovem da mesma escola, tendo sido imputada a responsabilidade ao Estado (instituição de ensino estadual pública), em virtude da transferência dos deveres de guarda e vigilância para a instituição de ensino, durante o período escolar.

Ademais, os genitores podem invocar as clássicas excludentes de responsabilidade civil, que rompem com o nexo de causalidade e, até mesmo, impedem a formação da relação causal: fato exclusivo da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.

⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 241.

⁸² GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro - volume 4: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 123.

⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. **Apelação Cível nº 0005662-51.2008.8.12.0002**. 2ª Câmara Cível. Ministro Relator Juiz Wilson Bertelli, Data de Julgamento: 05/08/2014. Disponível em <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/133667338/apelacao-apl-56625120088120002-ms-0005662-5120088120002>> Acesso em 20 de maio de 2017.

O fato exclusivo da vítima consiste em situação que a própria vítima deu causa, não havendo formação de nexo de causalidade com a conduta do outro agente. É o evento que se identifica como causa necessária de um dano sofrido por ela, e cuja realização só possa ser a ela imputável⁸⁴. Exemplificando, na hipótese de o menor de idade estar dirigindo um veículo e a própria vítima atirar-se em frente ao carro, pretendendo autolesionar-se. Nesse caso, não haverá como imputar a responsabilidade aos pais, desde que devidamente comprovado.

O fato de terceiro caracteriza-se pela conduta de pessoa diversa das pessoas do agente e da vítima, e que a conduta perpetrada por esse terceiro seja a causa do dano⁸⁵. O ato cometido pelo terceiro deve ser determinante na causação do dano, sob pena de não haver rompimento do nexo de causalidade⁸⁶. A título de hipótese, no caso de o menor de idade estar dirigindo um veículo e um terceiro empurrar violentamente a vítima para a frente do veículo.

O caso fortuito e a força maior, previstos no artigo 393 e parágrafo único⁸⁷ do Código Civil, não são conceitos pacíficos na doutrina. Adotando a posição majoritária, Sérgio Cavalieri Filho⁸⁸ conceitua:

Estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças dos agentes, como normalmente são os fatos da natureza, como as tempestades, enchentes, etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome diz. É o *Act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evita-lo, ainda que previsível.

Cumprir trazer à baila a culpa concorrente da vítima, que embora não constitua causa excludente da responsabilidade, atua como atenuante da responsabilidade dos pais, mesmo essa sendo objetiva. Nessa situação, autor e vítima contribuem para a ocorrência do fato danoso,

⁸⁴ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 309-241.

⁸⁵ DONIZETTI, Elpídio. QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 439.

⁸⁶ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 309-242.

⁸⁷ Art. 393: O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 28 de maio de 2017.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 89.

havendo, desse modo, repartição das responsabilidades⁸⁹. Encontra-se prevista no artigo 945 do Código Civil⁹⁰ e parágrafo único do artigo 738⁹¹, do mesmo diploma.

Dessa forma, verifica-se que há hipóteses em que os pais poderão eximir-se da responsabilidade que a lei lhes impõe, entretanto, desde que elabore prova idônea da causa excludente de sua responsabilidade, seja pelas hipóteses clássicas de responsabilidade quanto pelas específicas da responsabilidade dos pais pelos filhos, além da circunstância em que não for comprovado que o agir danoso foi praticado pelo menor, fato que também isentará os pais de responsabilidade.

3 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou elucidar importantes questões no tocante à responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos cometidos pelos filhos menores, trazendo as principais alterações legislativas no ordenamento jurídico brasileiro referente ao tema.

A significativa introdução da responsabilidade objetiva no sistema brasileiro, por intermédio do Código Civil de 2002, ratificou a mudança de entendimento que já ocorria nos Tribunais desde a vigência do Código de 1916, ao tempo em que se foi percebendo a ineficácia do sistema da culpa no âmbito da responsabilidade civil, na medida em que as vítimas restavam irressarcidas. Houve a evolução para a concepção da culpa provada, na qual vigorava uma presunção *juris tantum* de culpa dos pais, até a consolidação da responsabilidade fundada no risco, estabelecida pelos artigos 932, I e 933 do Código Civil.

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 470.

⁹⁰ Art. 945: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 21 de maio de 2017.

⁹¹ Art. 738: A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstenendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço.

Parágrafo único. Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 21 de maio de 2017.

Imprescindível salientar as alterações trazidas pelo Diploma Civil em respeito ao tema, visto que não se limitaram apenas pela consolidação da responsabilidade fundada no risco. O enfoque do novo sistema abandona a visão voltada para o ofensor, conforme era trazido pelo Código de 1916, privilegiando a proteção da vítima e buscando a reparação de seu prejuízo. Ademais, o dano evoluiu de uma análise sob a perspectiva individual para uma concepção social, constituindo-se um problema de toda a coletividade.

Dessa forma, a presente pesquisa buscou analisar a responsabilidade dos pais, averiguando a mudança legislativa da responsabilidade subjetiva para a responsabilidade objetiva. Ainda, aponta as controvérsias dentro do tema referente à responsabilização solidária e subsidiária dos menores, ambas previstas no Código Civil, conflito entre normas que é ponto de controvérsia entre doutrinadores e magistrados. Ademais, fez-se o estudo das excludentes de responsabilidade, tanto as gerais – fato de terceiro, culpa exclusiva, caso fortuito e força maior – quanto as específicas aplicáveis aos genitores, a exemplo da perda do poder de direção, prova de que o filho menor não praticou o ato danoso, situações essas que podem os genitores postular para se eximir do dever de reparar o prejuízo.

No estudo foi demonstrado que o Código Civil de 2002 instaurou uma nova visão da concepção familiar, antes centrada no pátrio poder, um sistema arbitrário no qual somente o chefe de família – o patriarca – tomava todas as decisões, e, atualmente, sendo substituída pelo poder familiar, exercido tanto pelo pai quanto pela mãe, consistindo na atribuição equânime dos deveres de guarda, zelo e proteção com a finalidade o bem do filho menor.

Nessa esteira, são apontadas as formas como são responsabilizados os pais nos casos de separação e divórcio que, em regra, em nada alteram a responsabilidade objetiva desses pais, ambos permanecendo solidariamente responsáveis pelo ressarcimento à vítima, em virtude de o poder familiar permanecer íntegro. Outrossim, em casos excepcionais, essa situação sofre temperamentos. Além disso, também é fonte de controvérsia os casos de emancipação do menor, tendo em vista que consiste na antecipação desse para exercer os atos da vida civil. Nesse cenário, comumente, os pais continuam solidariamente responsáveis com os menores no caso de emancipação voluntária, podendo, conforme supramencionado, essa regra sofrer modulações diante do caso concreto. Nas demais hipóteses legais de emancipação, elencadas nos incisos II, III, IV e V do artigo 5º do Código Civil, os pais não responderão por ilícitos praticados pelos menores.

Ademais, o estudo buscou apresentar os pontos controvertidos do tema, trazendo o aparente conflito entre os artigos 928, parágrafo único e 942, parágrafo único, ambos do Código Civil, os quais trazem, respectivamente, a responsabilidade subsidiária e mitigada do menor e a responsabilidade solidária do menor, motivo de divergência jurisprudencial e doutrinária no momento da apreciação do caso concreto, tendo em vista que os institutos da solidariedade e da subsidiariedade possuem propósitos inconciliáveis entre si. Nesse passo, parte da doutrina e jurisprudência, a fim de superar tal conflito, opina pela utilização do critério da especialidade, apontando o artigo 928 como norma especial, tutelando o incapaz, em detrimento do artigo 942, que consiste norma geral para as demais pessoas elencadas no artigo 932.

No desfecho do artigo são apontadas as situações em que os pais podem se exonerar da responsabilidade, trazendo as hipóteses específicas, tais como: a perda do poder de direção do filho menor, a não comprovação de que o menor cometeu o ato ilícito, a comprovação de que o ato danoso, se fosse cometido por imputável, não seria punível, além das hipóteses de perda e destituição do poder familiar. Ademais, poderão ser invocadas as clássicas excludentes de responsabilidade civil, como a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, caso fortuito, força maior e a culpa concorrente, sabendo que esta última não isenta a responsabilidade, mas a atenua, visto que não há rompimento do nexa causal.

Com efeito, cumpre salientar que o presente estudo não teve por objetivo exaurir o tema, mas, sim, fomentar o debate, uma vez que o tema referente à responsabilidade dos pais pelos filhos é de indiscutível relevância e possui diversos enfoques a serem debatidos pelos operadores do direito, sendo um assunto rico em detalhes para prosseguir sendo estudado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 01 de abril de 2017.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 11 de maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. **Apelação Cível nº 0005662-51.2008.8.12.0002**. 2ª Câmara Cível. Ministro Relator Juiz Vilson Bertelli, Data de Julgamento: 05/08/2014. Disponível em <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/133667338/apelacao-apl-56625120088120002-ms-0005662-5120088120002>> Acesso em 20 de maio de 2017.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70011941028**. Nona Câmara Cível, Desembargador Relator Odone Sanguiné, julgado em 14/12/2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 25 de março de 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.436.401/MG**. Ministro Relator Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 02/02/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.319.626/MG**. Ministra Relatora Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 26/02/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 de maio de 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 220.930/MG**, Ministro Relator Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 09/10/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 22 de maio de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.146.665**. Ministro Relator Massami Uyeda, Terceira Turma, Data de Julgamento: 22/11/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 25 de maio de 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp 777.327/RS**. Ministro Relator Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 17/11/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 24 de maio de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.074.937/MA**. Ministro Relator Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 01/10/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 25 de maio de 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 122.573/PR**. Ministro Relator Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, Data de Julgamento: 23/06/1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 26 de maio de 2017.

ARAÚJO, Vaneska Donato. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARROS, André Borges de Carvalho. AGUIRRE, João Ricardo Brandão. **Direito civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 450**: “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”. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/381>> Acesso em 22/05/2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Civil**. 2002. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/41>> Acesso em 29 de maio de 2017.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VII Jornada de Direito Civil**. 2015. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/840>>. Acesso em 14 de maio de 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Comentários ao novo código civil, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DONIZETTI, Elpídio. QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2016.

FACCHINI NETO, Eugênio. “Da responsabilidade civil no novo código”. **O novo código civil e a constituição**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. NETTO, Felipe Peixoto Braga. ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: volume III – responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao código civil: parte especial: direito das obrigações, volume 11 (arts. 927 a 965)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - volume 2: teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito civil brasileiro - volume 4: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil - volume VI: direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco: como fundamentos da responsabilidade civil.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil: responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Aide Ed., 1994.

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

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República – volume II.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.