

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC

CURSO DE DIREITO

LARISSA CATANEO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES DIVORCIADOS PELOS DANOS
CAUSADOS POR FILHOS INCAPAZES**

CRICIÚMA

2016

LARISSA CATANEO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES DIVORCIADOS PELOS DANOS
CAUSADOS POR FILHOS INCAPAZES**

Monografia apresentada para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC.

Orientador: Prof. Esp. Alisson Tomaz Comin

CRICIÚMA

2016

LARISSA CATANEO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES DIVORCIADOS PELOS DANOS
CAUSADOS POR FILHOS INCAPAZES**

Monografia de Conclusão de Curso aprovada
pela Banca Examinadora para obtenção do
grau de bacharel no Curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense -
UNESC.

Criciúma, 06 de dezembro de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Alisson Tomaz Comin - Especialista (Universidade do Extremo Sul Catarinense
- UNESC) - Orientador

Prof. Maicon Henrique Aléssio - Especialista (Universidade do Extremo Sul
Catarinense - UNESC)

Prof. Marcus Vinicius Almada Fernandes - Especialista (Universidade do Extremo
Sul Catarinense - UNESC)

Dedico o presente trabalho à minha família, por sua paciência, apoio, amor incondicional e capacidade de acreditar e investir nos meus sonhos. Mãe, seu incentivo e zelo foi que proporcionaram, em alguns momentos, a força para eu seguir. Pai, sua compreensão e carinho significaram segurança e certeza de que eu não estou sozinha.

AGRADECIMENTOS

À Deus, que nunca permitiu que eu desacreditasse dos meus planos e objetivos, sempre me guiando por seus caminhos e me impulsionando a seguir em frente.

Aos meus pais, Elarino Cataneo e Valciléia Brognoli Martins Cataneo, que todos os dias se dedicam, cuidam e doam seu sangue e suor em forma de amor e trabalho por mim. Todas as conquistas são e serão, sempre, por vocês e para vocês.

Ao meu orientador, Alisson Tomaz Comin, que com muita atenção e eficiência me transferiu os ensinamentos necessários para a concretização deste trabalho.

Às minhas amigas de faculdade, que durante os quase cinco anos desta graduação me proporcionaram desfrutar de uma amizade verdadeira.

Ao Gabinete da Segunda Vara do Fórum da Comarca de Urussanga/SC, que há quase quatro anos vem me proporcionando, a cada dia, novas experiências e ensinamentos dos quais eu jamais esquecerei.

Aos amigos(as), familiares, professores(as) e todos(as) que passaram por minha vida, contribuindo de alguma forma na construção e realização deste sonho.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.

Albert Einstein

RESUMO

O presente trabalho monográfico possui como objetivo pesquisar, por meio do método dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa, com a utilização de material bibliográfico, documental legal e jurisprudencial, a responsabilidade civil dos genitores divorciados pelos danos causados por filhos incapazes, considerando-se as premissas fundamentais dos institutos da responsabilidade civil e do poder familiar. Para tanto, tratou-se no primeiro capítulo sobre a responsabilidade civil, através da análise histórica e conceitual do instituto, bem como suas modalidades e derivações. No segundo capítulo, passou-se à análise da evolução e exercício do poder familiar, do ponto de vista conceitual e prático, bem como verificou-se as incapacidades civis previstas na atual legislação brasileira, com enfoque especial às incapacidades por idade, uma vez que o presente trabalho limita-se aos incapazes sob o poder familiar, quais sejam, os menores de idade. Por fim, no terceiro capítulo, restaram analisadas as situações encontradas e soluções possíveis a partir dos diferentes posicionamentos acerca da responsabilidade civil em conjunto com o poder familiar, bem como realizadas maiores conceituações acerca da específica responsabilidade dos pais pelo filho menor, além do instituto da guarda dentro do poder familiar. Tal análise deu-se a partir de decisões e entendimentos doutrinários publicados entre os anos de 2006 a 2016. Concluiu-se, em síntese, que a responsabilidade civil pelos danos causados por filhos incapazes, em corrente dominante, deva recair sobre ambos os genitores, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, em virtude dos direitos e deveres inerentes ao poder familiar e aos objetivos primordiais do instituto da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Poder Familiar. Incapacidade por idade. Genitores divorciados. Guarda.

ABSTRACT

This study aims to research, by using the deductive method in theoretical and qualitative research, with the use of bibliographic, legal, jurisprudential, and documental material, the responsibility of divorced parents by the damage caused to disable children, considering the fundamental premises of institutes of civil liability and family power. Therefore, civil liability was dealt in the first chapter, through the historical and conceptual analysis of the institute, as well as its terms and derivations. In the second chapter, the analysis of the development and exercise of family power were studied from the conceptual and practical point of view. Also, civil incapacity under the current Brazilian legislation was verified, with a special focus on disability by age, since this work is limited to the disable one sunder family power, who are the minors. Finally, in the third chapter, the situations encountered and possible solutions from different positions on the liability together with the family power were analyzed. Major conceptualizations about the specific responsibility of parents for the minor childas well as the institute of custody within the family power were studied. Such analysis occurred from decisions and doctrinal understandings published between 2006 to 2016. It was concluded that the civil liability for damage caused to disable children should fall on both parents even after the dissolution of the marital society, by virtue of the rights and duties of the family power and the main objectives of the civil responsibility institute.

Keywords: *Civil liability. Family Power. Age disability. Divorced Parents. Custody.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART – Artigo

CJF – Conselho da Justiça Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL	13
2.1 HISTÓRIA E CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL	13
2.1.1 Histórico	13
2.1.2 Conceito	16
2.2 PRESSUPOSTOS BÁSICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL	17
2.2.1 A existência de uma ação	18
2.2.2 A ocorrência de um dano	19
2.2.3 Nexo Causal	20
2.2.3.1 Teoria da equivalência das condições	21
2.2.3.2 Teoria da causalidade adequada	22
2.2.3.3 Teoria da causalidade direta ou imediata	22
2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA X RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	23
2.3.1 Responsabilidade Subjetiva	24
2.3.1.1 Dolo	24
2.3.1.2 Imprudência	25
2.3.1.3 Negligência	25
2.3.1.4 Imperícia	25
2.3.2 Responsabilidade Objetiva	26
2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DE OUTREM	28
3 PODER FAMILIAR E INCAPACIDADE DE FATO	31
3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DO PODER FAMILIAR NO BRASIL	31
3.2 EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR VINCULADO AOS MENORES DE DEZOITO ANOS	33
3.3 OS INCAPAZES DE FATO NO ATUAL DIREITO CIVIL BRASILEIRO	35
3.3.1 Incapacidade absoluta	37
3.3.2 Incapacidade relativa	38
3.3.3 Representação e assistência	39
3.4 INCAPACIDADE POR IDADE	39
3.4.1 Menores de dezesseis anos	39
3.4.2 Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos	40
3.4.3 Cessaçã o da incapacidade por idade	41

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES DIVORCIADOS PELOS DANOS CAUSADOS POR FILHOS INCAPAZES	42
4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS FILHOS MENORES	42
4.2 A GUARDA DENTRO DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR PELOS GENITORES DIVORCIADOS	45
4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES DIVORCIADOS PELOS DANOS CAUSADOS POR FILHOS INCAPAZES.....	49
4.4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE DETERMINADOS ACÓRDÃOS PROLATADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ENTRE OS ANOS DE 2009 A 2011, ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DE PAIS DIVORCIADOS PELOS ATOS ILÍCITOS COMETIDOS PELOS FILHOS INCAPAZES	54
5 CONCLUSÃO	59
BIBLIOGRAFIA	61

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil pode ser definida como uma obrigação de alguém no ressarcimento de um prejuízo por ela causado, ou por um terceiro que esteja sob sua responsabilidade, como uma compensação pelos danos causados.

No âmbito dessa responsabilização por ato de terceiro, segundo dispõe o art. 932, inc. I do Código Civil de 2002, são responsáveis pela reparação civil os pais pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. É a responsabilidade dos pais pelos filhos menores incapazes que, nesta condição, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, não possuindo capacidade para o exercício de todos os atos da vida civil, não responderão diretamente pelos próprios danos causados.

O art. 933 do Código Civil de 2002 apresenta a forma de responsabilidade estabelecida para o presente caso, qual seja, de que ainda que não haja culpa por parte dos genitores, estes responderão pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores incapazes que estiverem sob seu poder familiar. Trata-se da responsabilidade civil objetiva.

Este poder familiar encontra-se estabelecido no art. 1.634 do Código Civil de 2002, o qual dispõe que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, dentre uma das atribuições, quanto aos filhos, dirigir-lhes a criação e a educação.

Ou seja, o divórcio não altera as responsabilidades para com o filho, que mesmo podendo estar apenas sob a guarda de um, possui o direito à companhia do outro genitor. Desse ponto de vista, teoricamente, ambos deveriam responder solidariamente pelo incapaz.

No entanto, há entendimentos de que o genitor que não possui a guarda do incapaz não deveria por ele ser responsável civilmente, uma vez que o divórcio altera o exercício pleno do poder familiar.

Ainda, há entendimentos de que o genitor divorciado, independente do exercício da guarda, deva responder civilmente pelos danos causados pelo filho menor, todavia, a comprovação de que não teve culpa, isenta-o de responsabilidade. Ou seja, contradizendo a teoria de responsabilidade objetiva, que independe de culpa, a responsabilidade do genitor pode ser afastada ante a culpa exclusiva do outro genitor.

Partindo dessas premissas, estudar-se-á no primeiro capítulo deste trabalho desde a evolução da responsabilidade civil para os moldes atuais, até suas premissas, espécies e modalidades atinentes à situação acima especificada.

Na sequência, no segundo capítulo, serão verificados os institutos do poder familiar e da incapacidade civil a fim de obter-se maiores considerações acerca da abrangência da relação entre pais e filhos menores.

Por fim, no terceiro capítulo, estudar-se-á especificamente a responsabilidade civil dos genitores pelos filhos menores enquanto casados e divorciados, bem como o exercício da guarda dentro do poder familiar em relação às famílias em que os pais encontram-se divorciados. Analisar-se-á, também, acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça com decisões relativas à controvérsia descrita. Tais análises, considerando-se as decisões judiciais e os entendimentos doutrinários, compreendem o período entre 2006 e 2016.

Frisa-se que a opção por analisar a responsabilidade civil dos genitores pelos filhos incapazes, não se utilizando o termo menor, deu-se em virtude de, em relação aos outros incapazes, não há que se falar literalmente na responsabilidade dos pais, mas sim de um tutor ou curador. A responsabilidade dos pais, nesta condição, pelos filhos, parte do poder familiar, e se dá em razão de serem os filhos enquanto dentro deste poder, de fato, incapazes.

O método de pesquisa utilizado será o dedutivo, em pesquisa teórica e qualitativa, que analisará os institutos da responsabilidade civil e do poder familiar e suas pertinências. A pesquisa a ser realizada terá enfoque em análises bibliográficas, documental legal e jurisprudencial. No terceiro capítulo será feito um levantamento de tais informações, descrevendo as situações encontradas e soluções possíveis a partir dos diferentes posicionamentos acerca da responsabilidade civil em conjunto com o poder familiar. Tal levantamento será feito com base na literatura divergente existente, bem como casos reais já resolvidos e conflitantes.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

A responsabilidade civil manifesta-se a partir de uma premissa que pressupõe a obrigação de alguém no ressarcimento de um prejuízo por ele causado, ou por terceiro que esteja sob sua responsabilidade, como uma compensação pelos danos sofridos.

Trata-se de uma solução, a fim de sanar as lesões causadas pelo cometimento de atos ilícitos.

Tal instituto abrange tanto as ofensas causadas às normas previstas em contratos eventualmente celebrados entre indivíduos, originando a chamada responsabilidade civil contratual, quanto os danos oriundos do descumprimento de normas legais, quando não se tem qualquer acordo estabelecido entre as partes (GAGLIANO, 2009a, p. 16).

Para um melhor entendimento desta última modalidade, imperiosa uma análise acerca do surgimento e formação dessa responsabilidade civil extracontratual.

2.1 HISTÓRIA E CONCEITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

Conforme acima exposto, neste tópico serão abordados os elementos atinentes à construção do instituto da responsabilidade civil.

2.1.1 Histórico

A evolução histórica da responsabilidade civil teve sua origem à época em que a vingança por um dano sofrido era a solução dos conflitos ocorridos nos primórdios das civilizações. Nos dizeres de Maria Helena Diniz:

[...] os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, a reparação do mal pelo mal [...]. Para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou. [...] A responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano (2010a, p. 10-11).

Ou seja, independente de culpa, tinha-se uma espécie de revide ao aparente causador de um dano.

Posteriormente, surge a premissa de possibilidade de composição entre as partes, evitando a aplicação da referida Lei de Talião (GAGLIANO, 2009a, p. 10).

Tal evolução advém, conforme dispõe Maria Helena Diniz, da observância de que seria mais pertinente entrar em composição com o autor da ofensa para que ele reparasse o dano cometido, do que buscar a cobrança do dano através do cometimento de mais danos (2010a, p. 11).

À época, passou-se a ter então uma espécie de composição tarifada, imposta pela Lei das XII Tábuas, a qual fixava valores a seres pagos pelos ofensores (LIMA, 1999, p. 21).

Já com este sistema em vigor, surge a chamada *Lex Aquilia*, o qual traz efetivamente o instituto da responsabilidade civil extracontratual, pela qual se deveria punir um culpado por danos injustos provocados, independente de relação contratual entre as partes constituintes do conflito ocasionado (VENOSA, 2006, p. 16).

Acerca da aplicação desta Lei, aduz Maria Helena Diniz:

A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Esta lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Todavia, mais tarde, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa. O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e a penal. Na Idade Média, com a estruturação da idéia de dolo e de culpa *stricto sensu*, seguida de uma elaboração da dogmática de culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da pena (2010a, p. 11).

Abrangendo tais aspectos referentes à citada Lei, dispõe ainda Silvio de Salvo Venosa:

A *Lex Aquilia* foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens. [...] Punia-se por uma conduta que viesse ocasionar danos. A idéia [sic] de culpa é centralizadora nesse intuito de reparação (2006, p. 16).

Ou seja, tem-se dessa forma que, primordialmente, mesmo com a *Lex Aquilia*, não se possuía um clarividente instituto acerca da responsabilidade civil, o qual era comumente incorporado juntamente à aplicação de uma pena ao sujeito infrator. Posteriormente, com a evolução da dogmática da comprovação de culpa, buscava-se a reparação patrimonial por este dano oriundo desta conduta culposa. Então, divergindo dos primórdios, a culpa fazia-se necessária para possibilitar o direito à compensação (VENOSA, 2006, p. 16).

Todavia, conforme consabido nos dias atuais e posteriormente percebido às épocas retrógradas, a responsabilidade civil sem a existência de culpa fazia-se presente, necessitando também de uma resposta, uma vez que os danos existiam, todavia, não havia um sujeito direto a quem imputar a ação ilícita cometida.

Essa percepção de que alguns ilícitos sem a caracterização evidente do elemento culpa poderiam mesmo assim originar danos, surge a partir de uma teoria do risco, que nos dizeres de Maria Helena Diniz, advém da crescente tecnização dos tempos modernos, que se caracteriza pela introdução de máquinas, produção de bens em larga escala e circulação de pessoas através dos automóveis, o que acaba por gerar maiores riscos de perigo aos indivíduos (2010a, p. 12). Prossegue ainda acerca desse processo de humanização retratado:

Este representa uma objetivação da responsabilidade, sob a ideia de que todo risco deve ser garantido, visando a proteção jurídica à pessoa humana, em particular aos trabalhadores e às vítimas de acidentes, contra a insegurança material, e todo dano deve ter um responsável. A noção de risco prescinde da prova da culpa do lesante, contentando-se com a simples causação externa, bastando a prova de que o evento decorreu do exercício da atividade, para que o prejuízo por ela criado seja indenizado (2010a, p. 12).

Nos dizeres de Flávio Tartuce, essas premissas fizeram-se base para esta teoria do risco, advinda dos estudos dos doutrinadores Saleilles e Josserand, que em 1897 publicaram as primeiras ideias acerca da chamada responsabilidade civil objetiva, a qual previa a responsabilização daqueles que realizavam determinadas atividades e relação à coletividade. A crescente industrialização e a conseqüente maior atuação estatal e exploração de atividade econômica exigia a necessidade de uma garantia de responsabilização (2014a, p. 307).

A respeito dessa substituição da necessidade de comprovação da culpa, dispõe Orlando Gomes:

Segundo a nova concepção quem quer que crie um risco deve suportar as consequências. Abstrai-se completamente a culpa. A ideia de que a produção do dano, nessas condições, deveria obrigar à sua reparação por parte de quem criou o perigo correspondia à necessidade de segurança e, em pouco, seria consagrada legislativamente. Dissociando inteiramente a responsabilidade da culpa, processou-se verdadeira revolução em matéria de responsabilidade civil, que passou a comportar dois pólos, o pólo objetivo, onde reina o risco criado, e o pólo subjetivo, onde triunfa a culpa, girando toda a teoria em torno desses dois pólos (2011, p. 86).

Assim, analisando-se o direito brasileiro positivado acerca de tais situações, prossegue Orlando Gomes:

O direito pátrio baseia-se na culpa a responsabilidade delitual, conforme o texto de 1916 do Código Civil entendia, assim, aquela nascida do ato ilícito stricto sensu, mantida a noção pelo texto de 2002. Nenhuma dúvida se pode ter, com a leitura do art. 159 do Código Civil, texto de 1916, bem assim da leitura dos arts. 186 e 927 do texto atual, de que aceitou a teoria subjetiva. Contudo, alguns escritores sustentam que, no domínio do texto de 1916, em certas disposições, desse texto, ele acolheu a doutrina objetiva [...]. O fato de ter sido consagrado o princípio da responsabilidade baseada na culpa não significa que, em nosso direito positivo, inexistam regras consagradoras da responsabilidade fundada no risco. Leis especiais, como dentre outras a de acidente de trabalho, adotaram a concepção objetiva; daí as disposições do parágrafo único, primeira parte, do art. 927 do texto de 2002 (2011, p. 88-89).

A partir de então, consagradas as possibilidades de responsabilização civil extracontratual subjetiva e objetiva, advieram seguimentos específicos atinentes a cada uma destas, as quais se relacionam a fatos concretos, algumas das quais serão objeto de estudo mais adiante.

2.1.2 Conceito

Dessa forma, tem-se a responsabilidade civil extracontratual, em sucinta conceituação, como uma forma de compensação por danos sofridos, conforme os dizeres de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando-se, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior das coisas (2009a, p. 9).

Aprofundando o conceito de responsabilidade civil, dispõe Maria Helena

Diniz:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (2010a, p. 35).

Ainda, dispõe Silvio de Salvo Venosa:

Em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. [...] Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos. É claro que esse é um desiderato ideal que a complexidade da vida contemporânea coloca sempre em xeque. Os danos que devem ser reparados são aqueles de índole jurídica, embora possam ter conteúdo também de cunho moral, religioso, social, ético etc., somente merecendo a reparação do dano as transgressões dentro dos princípios obrigacionais (2006, p. 01-02).

Veja-se que aqui se analisa a responsabilidade civil extracontratual a qual, conforme Sérgio Cavalieri Filho, advém do descumprimento de obrigações impostas pela lei [...]. A vontade as partes só intervém como condicionadora, e não como modeladora dos efeitos jurídicos estatuídos na lei (2014, p. 16).

Todavia, em que pesem as definições supra mencionadas, faz-se necessária a análise de diversos elementos conflitantes caracterizadores da responsabilidade civil, os quais podem alternar a sua própria aplicação.

2.2 PRESSUPOSTOS BÁSICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

Para caracterização da responsabilidade civil, ou mais especificamente para a possibilidade de sua arguição, determinados elementos são tidos como fundamentais a configurar a possibilidade de evocá-la.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz, são eles a existência de uma ação, a ocorrência de um dano e o nexo de causalidade entre eles (2010a, p. 37-38).

Veja-se que a culpa não se faz um elemento essencial, uma vez que, conforme já supra exposto, muitas são as discussões acerca da sua necessidade para gerar direito à responsabilização. Assim, será posteriormente analisada. Inicialmente, faz-se essencial a análise dos elementos básicos da responsabilidade civil.

Tais elementos encontram-se previstos nos dispositivos legais norteadores da responsabilidade civil no atual sistema jurídico brasileiro, especialmente no Código Civil de 2002, que dispõe:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2016a).

Assim, primordial a análise de cada um dos componentes deste instituto.

2.2.1 A existência de uma ação

Um dos fundamentos essenciais para a responsabilização civil, conforme dispõe Flávio Tartuce, é a existência de uma ação ou omissão, voluntária ou negligente, imprudente ou imperita. Como regra, tem-se a ação positiva, uma vez que, para configuração da conduta omissiva, faz-se necessário a comprovação de que determinado ato que deveria juridicamente ser praticado, não o foi (2014a, p. 359).

Relativamente ao quesito voluntariedade, dispõe Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] a voluntariedade, [...] não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tão-somente, a consciência daquilo que se está fazendo. E tal ocorre não apenas quando estamos diante de uma situação de responsabilidade subjetiva (calçada na noção de culpa), mas também de responsabilidade objetiva (calçada na ideia de risco), porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir voluntariamente, ou seja, de acordo com a sua livre capacidade de autodeterminação. Nessa consciência, entenda-se o conhecimento dos atos materiais que se está praticando, não se exigindo, necessariamente, a consciência subjetiva da ilicitude do ato (2009a, p. 28).

Nesse aspecto, encontram-se explicitadas as condutas acima previstas, quais sejam, a de fato voluntária, cometendo-se o ilícito porque assim se desejava, mesmo tendo conhecimento acerca da ilicitude do ato, ou aquelas cometidas por negligência, imprudência ou imperícia, nas quais, independente do conhecimento da ilicitude, o indivíduo possuía conhecimento da ação que estava praticando.

Veja-se que aqui não se analisa aqueles que serão responsabilizados, mas sim o efetivo causador do dano por sua ação.

Nesse sentido, dispõe Flavio Tartuce:

De qualquer forma, esclareça-se que a regra é de a conduta humana gerar a ilicitude e o correspondente dever de indenizar, sendo certo que a pessoa também pode ter a responsabilidade por danos que não foram provocados em decorrência de sua própria conduta [...] (2014a, p. 361).

Assim, comprovada a ilicitude de uma conduta passível de gerar a indenização, começa-se a caracterização da responsabilidade civil.

2.2.2 A ocorrência de um dano

Da mesma forma que necessária a comprovação de uma ação que possa gerar o direito à indenização, indispensável a demonstração de ocorrência de um dano derivado desta conduta ilícita.

Conforme Maria Helena Diniz, a responsabilidade civil só poderá ser arguida com a existência de um dano comprovado, seja a um determinado bem ou a interesses jurídicos, necessitando-se a prova real e concreta da lesão ocorrida (2010a, p. 38).

Acerca da noção de dano, destaca Silvio de Salvo Venosa:

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasiona dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. (...) a materialização do dano ocorre com a definição do efetivo prejuízo suportado pela vítima [...]. O prejudicado deve provar que sofreu um dano (2006, p. 29-30).

Nesses aspectos, conforme os dizeres de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, determinados requisitos são básicos e necessários para a

existência de um dano indenizável, sendo eles a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; a certeza do dano; e a subsistência do dano (2009a, p. 38-40).

De acordo com os doutrinadores acima citados, a existência de um dano indenizável parte da premissa de que todo dano pressupõe “a agressão a um bem tutelado, de existência material ou não, pertencente a um sujeito de direito” (2009a, p. 38).

A certeza do dano, por sua vez, conforme já abordado, parte de um dano certo, efetivo, dispensando-se eventuais danos abstratos ou hipotéticos (2009a, p. 39).

Por fim, a subsistência do dano configura-se na reparação do prejuízo sofrido pela vítima, ou seja, “o dano deve subsistir no momento de sua exigibilidade em juízo, o que significa dizer que não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo lesante” (2009, p. 40).

Assim, configurados tais requisitos, adentra-se ainda mais na possibilidade de configuração da responsabilidade civil.

2.2.3 Nexo Causal

Havendo um dano, bem como uma conduta ilícita, necessário comprovar-se a relação entre ambas para que possível a aferição da responsabilidade civil a ser imputada.

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, o nexos causal “é a primeira questão a ser enfrentada na solução de qualquer caso envolvendo responsabilidade civil. Antes de decidirmos se o agente agiu ou não com culpa teremos que apurar se ele deu causa do resultado” (2014, p. 61).

Prosseguindo acerca da questão, dispõe Flavio Tartuce que “se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar” (2014a, p. 373).

Muitas são as teorias a fim de justificar este nexos de causalidade, sendo que, determinados doutrinadores, apresentam a existência de duas principais, dada a importância prática que alcançaram (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 63).

Todavia, doutrinadores como Rui Stoco, Flávio Tartuce, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho destacam a existência de três teorias principais a tentar explicar o nexo de causalidade, conforme se verá a seguir.

2.2.3.1 Teoria da equivalência das condições

Na lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, essa teoria, elaborada pelo jurista alemão Von Buri na metade do século XIX, não diferencia os antecedentes do resultado prejudicial, ou seja, tudo aquilo que tenha ocorrido para o evento danoso será considerado causa. Por isso o nome equivalência das condições, uma vez que todos os elementos causais se equivalem para produção do dano (2009a, p. 86).

Acerca desta teoria, ainda, dispõe Rui Stoco:

Essa teoria ficou explicitada no art. 13 do CP/40, nos seguintes termos: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.
Desse modo, para determinar se uma condição constitui “causa” do evento ou resultado procede-se eliminando *in mente* essa condição. Se, ainda assim, o resultado persistir, essa condição não será a causa.
[...]
Assim, se várias condições concorrerem para o mesmo resultado, todas teriam o mesmo valor ou relevância, de modo a se equivalerem (2013, p. 204-205).

Ou seja, todas as condições que possam ter concorrido para o evento terão relação com o resultado danoso.

Todavia, conforme o entendimento exposto por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, tal teoria mostra-se inadequada no âmbito civil, uma vez que poderia levar sua investigação ao infinito. Por exemplo, em um homicídio causado utilizando-se uma arma de fogo, não apenas o disparo será considerado causa da morte, mas também a compra da arma, sua fabricação, etc., envolvendo um número ilimitado de causadores (2009a, p. 87).

Ainda, prosseguem os autores, muitos penalistas adotaram tal teoria, criando limites subjetivos a ela a fim de evitar as infinitas possibilidades, no entanto, provavelmente diante de tantas imprecisões e elementos inconvenientes, optou-se por não adotá-la no direito civil (2009a, p. 88).

2.2.3.2 Teoria da causalidade adequada

Desenvolvida pelo filósofo alemão Von Kries, esta teoria pressupõe que a causa para o evento danoso será “o antecedente não só necessário, mas, ainda, adequado à produção do resultado” (STOCO, 2013, p. 205), ou seja, conforme dispõe Flavio Tartuce, “somente o fato relevante ou causa necessária para o evento danoso gera a responsabilidade civil, devendo a indenização ser adequada aos fatos que a envolvem” (2014a, p. 374).

Acerca desta teoria, prossegue Rui Stoco:

[...] ao contrário da “teoria da equivalência”, nem todas as condições serão consideradas causa, mas tão somente aquela que for a mais apropriada a produzir o resultado, ou seja, aquela que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea à realização do evento danoso (2013, p. 205).

Todavia, assim como a anterior, esta teoria, no entender de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, apresenta inconvenientes, dentre os quais “a discricionariedade do julgador, a que incumbe avaliar, no plano abstrato, e segundo o curso normal das coisas, se o fato ocorrido no caso concreto pode ser considerado, realmente, causa do resultado danoso” (2009a, p. 90).

2.2.3.3 Teoria da causalidade direta ou imediata

Por fim, como a terceira das principais teorias acerca do nexo causal desenvolvida no Brasil pelo professor Agostinho Alvim, tem-se a teoria da causalidade direta ou imediata, segundo a qual a causa seria “apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata” (GAGLIANO, 2009a, p. 90).

Explicando melhor a teoria, exemplificam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Caio é ferido por Tício (lesão corporal), em uma discussão após a final do campeonato de futebol. Caio, então, é socorrido por seu amigo Pedro, que dirige, velozmente, para o hospital da cidade. No trajeto, o veículo capota e Caio falece. Ora, pela morte da vítima, apenas poderá responder Pedro, se não for reconhecida alguma excludente em seu favor. Tício, por sua vez, não responderia pelo evento fático, uma vez que o seu comportamento

determinou, como efeito direto e imediato, apenas a lesão corporal (2009a, p. 91).

Ou seja, há uma interrupção do nexo causal, sendo que “nem toda a condição que interferiu no resultado será causa necessária” (STOCO, 2013, p. 206), uma vez que possível tratar-se de uma causa superveniente que impediu que houvesse um nexo entre os fatos.

Expostas as principais teorias, importante verificar-se agora qual aquela efetivamente aplicada no direito brasileiro.

Todavia, conforme dispõem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, existe uma imprecisão doutrinária acerca da adoção da teoria do nexo causal (2009a, p. 92).

Isso porque, em que pese o Código Civil de 2002 trazer elementos que configurariam a teoria da causalidade direta ou imediata, como exposto no art. 403, que prevê que “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual” (BRASIL, 2016a), muitas vezes a jurisprudência acaba por adotar a teoria da causalidade adequada, expondo-a nos termos da causalidade direta ou imediata, todavia, exigindo uma causalidade necessária (GAGLIANO, 2009a, p. 93-94).

Expostos os três elementos básicos para configuração da responsabilidade civil, far-se-á agora uma análise da influência do elemento culpa na responsabilização.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA X RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Conforme já destacado, na fundamentação supra fez-se uma análise da responsabilidade civil ao cuidado de não se utilizar da culpa para caracterizá-la, tratando de elementos comuns às duas principais espécies desse instituto, em relação ao seu fundamento, quais sejam, subjetiva e objetiva.

Agora, far-se-á um estudo destas duas espécies de responsabilidade, abordando o quando a culpa é capaz de influenciar e interferir para a responsabilização.

2.3.1 Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade civil subjetiva baseia-se em uma ideia de culpa do sujeito que praticou determinado ato ilícito e que ocasionou danos, seja ela através do dolo ou da culpa em sentido estrito, demonstrada através da imperícia, imprudência ou negligência (TARTUCE, 2014a, p. 482).

Ou seja, considerando-se o cometimento de um ato ilícito e a ocorrência de um dano consequente, impende destacar eventuais razões que ocasionaram tal situação, sendo a culpa uma delas, através do dolo ou da culpa em sentido estrito.

Conforme expõe Rui Stoco, “o dolo é a vontade dirigida a um fim ilícito; é um comportamento consciente e voltado à realização de um desiderato. Portanto, o dolo é intenção e vontade dirigida a um fim determinado” (2013, p. 179).

A culpa em sentido estrito, por outro lado, reflete um comportamento equivocado do indivíduo, que não possuía a intenção direta de lesionar um direito, mas que deveria ter se comportado de maneira diversa (STOCO, 2013, p. 179).

Em ambos os casos, há uma conduta errada por parte do agente, seja através da ação ou omissão, direta ou indireta, ou conforme aduz Arnaldo Rizzardo, “o ato ilícito decorre da conduta antissocial do indivíduo, manifestada intencionalmente ou não, bem como por comissão ou omissão, ou apenas por descuido ou imprudência” (2013, p. 25).

2.3.1.1 Dolo

Como uma das formas de caracterizar o agir com culpa do sujeito, está o dolo, o qual, conforme já exposto, traduz a efetiva intenção do indivíduo em causar um dano.

Ou seja, é a forma mais simples de verificar-se a existência de culpa, uma vez que há um agente que, de forma intencional, praticou um dano e assim o queria fazê-lo, como nos dizeres de Rui Stoco, “quando existe uma intenção deliberada de ofender o direito, ou de ocasionar prejuízo a outrem, há o dolo, isto é, pleno conhecimento do mal e o direto propósito de praticá-lo” (2013, p. 184).

Prossegue ainda o doutrinador:

A intenção é o principal atributo do dolo, que se traduz na vontade dirigida a um fim. Esse fim pressupõe-se sempre ilícito, considerando que o agente ou quer obter vantagem, ainda que cause dano a outrem, ou objetiva apenas causal mal e lesar a vítima, sem o desiderato de beneficiar-se (STOCO, 2013, p. 184).

Configurada a hipótese de responsabilização pela culpa através do dolo, passa-se à análise dos elementos que caracterizam a culpa em sentido estrito.

2.3.1.2 Imprudência

A imprudência no âmbito da responsabilidade civil, conforme dispõe Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “se caracteriza quando o agente culpado resolve enfrentar desnecessariamente o perigo. O sujeito, pois, atua contra as regras básicas da cautela” (2009a, p. 129).

Ou seja, há uma ação efetiva por parte do agente, de forma precipitada, exagerada, sem racionalmente pensar nas consequências, mas ciente de seus atos, querendo praticá-los.

2.3.1.3 Negligência

A negligência, por outro lado, se traduz em uma omissão quando se exigia uma conduta comissiva, como uma forma de descaso, falta de cuidado e atenção (STOCO, 2013, p. 185).

De certa forma, tem-se uma falta de bom senso, portanto, de um indivíduo que, nessa condição, deixou de praticar conduta devida e assim ocasionou danos.

2.3.1.4 Imperícia

A imperícia, por sua vez, segundo aduz Rui Stoco, decorre da falta de aptidão de um profissional no exercício de suas atividades técnicas ou científicas, ou seja, a incapacidade para a função a que se propõe a fazer. A imperícia pode ocorrer de forma comissiva ou omissa (2013, p. 185).

Ou seja, a imperícia possui maior exatidão quanto à sua aplicação, uma vez que pressupõe que a conduta origine-se em virtude de uma inabilidade em área técnico científica que acabou por gerar danos.

Assim, configuradas todas as possibilidades do elemento culpa para responsabilização civil, importante destacar a previsão da mesma no ordenamento jurídico brasileiro, a qual se faz no Código Civil de 2002, que em seus artigos 186 e 927 dispõe:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2016a).

Acerca de supostas omissões no art. 186, quanto a ausência de referência à conduta dolosa e imperita, expõem os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] ao fazer referência à “ação ou omissão voluntária”, estaria o legislador se referindo à atuação (comissiva ou omissiva) dolosa. A voluntariedade aí, portanto, estaria dirigida não ao comportamento em si (pois na culpa em sentido estrito também há “vontade de realizar a ação”), mas aos fins ou propósitos pretendidos pelo agente. Dessa forma, se há intenção ou vontade de atingir a finalidade danosa, há dolo.

Na mesma linha, a despeito de preferirmos uma redação que explicitasse a imperícia, a única interpretação razoável é no sentido de que, por ser espécie de negligência técnica ou profissional, estaria compreendida nesta última expressão (2009a, p.129).

Ou seja, tem-se como regra no ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade subjetiva, a qual exige o elemento culpa para sua caracterização. Passa-se agora à análise da chamada responsabilidade objetiva.

2.3.2 Responsabilidade Objetiva

Em ambas as responsabilidades, subjetiva e objetiva, conforme já supra destacado, os pressupostos básicos se fazem presentes, quais sejam, a ação, o dano e um nexo de causalidade entre eles. O que diferencia as espécies de responsabilidade, nesse vértice, é a necessidade de existência da culpa para sua configuração, a qual é dispensável na responsabilidade civil objetiva, ao contrário do anteriormente visto na responsabilidade subjetiva. Naquela, tal elemento pode existir ou não, uma vez que irrelevante (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 179).

Tal responsabilidade, portanto, conforme dispõe Maria Helena Diniz, consiste na obrigação de indenizar um dano causado por uma ação de interesse do agente e sob seu controle, todavia, sem que haja qualquer indagação sobre seu comportamento, fixando-se no elemento objetivo, qual seja, a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente causador, o qual a lei impõe o dever de ressarcimento (2010a, p. 52-53).

Segundo aduz Sérgio Cavalieri Filho, na busca por um fundamento para aplicação da responsabilidade objetiva, ao final do século XIX, alguns juristas acabaram por conceber a chamada teoria do risco (2014, p. 181).

Muitas são as modalidades dessa teoria do risco, todavia, veja-se como ela encontra-se exposta em nosso ordenamento jurídico, primordialmente, no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil de 2002:

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2016a).

Assim, duas são as possibilidades de configuração da chamada responsabilidade sem culpa, quais sejam, nos casos expressos em lei ou, quando o desempenho de determinada atividade, por si só, criar riscos aos direitos de outrem. Ou seja, há hipóteses em que a própria lei irá dispor a configuração da responsabilidade objetiva, porquanto no segundo caso, há uma interpretação mais abrangente (GAGLIANO, 2009a, p. 137-138).

Relativamente à segunda parte do parágrafo único supracitado, verifica-se que há determinados casos, não previstos em lei, nos quais a possibilidade de interpretação diversa acaba por gerar múltiplas hipóteses de responsabilidade objetiva, devendo cada caso ser analisado em concreto, a fim de verificar ou não a incidência da responsabilidade sem culpa (TARTUCE, 2014a, p. 486).

Acerca do tema, expõe Flávio Tartuce que, após longo período de discussões acerca dessa interpretação, com enunciados aprovados e recusados nas Jornadas de Direito Civil, buscando uma melhor interpretação acerca daquele dispositivo, em 2011, quando da V Jornada de Direito Civil, restou aprovado o enunciado 446, dispondo que “a responsabilidade civil prevista na segunda parte do

parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade” (CJF, 2012), criando uma interessante interpretação para configuração dos casos de responsabilidade objetiva (2014a, p. 486-488).

Ainda, não suficiente toda discussão em torno da configuração da responsabilidade objetiva por ato próprio, há determinadas situações em que o ordenamento jurídico a admite através da responsabilidade civil indireta, por exemplo, decorrente do ato de outrem (GAGLIANO, 2009a, p. 141).

Ou seja, nesse caso, ter-se-ia a configuração do previsto na primeira parte do parágrafo único do art. 927, não se fazendo necessária nem a comprovação de culpa, nem se exigindo a atividade de risco, regra geral da responsabilidade objetiva, mas sim, a mera previsão legal que determina a responsabilização. Veja-se um exemplo no disposto no art. 933 do Código Civil, valendo citar o artigo antecedente, o qual é feita remissão:

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.

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 (BRASIL, 2016a - grifei).

Acerca dessa responsabilidade objetiva indireta, a mesma será melhor analisada e aprimorada em tópicos seguintes, limitando-se aqui a expor sua expressa previsão legal.

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DE OUTREM

Excedendo a regra geral de que o homem é responsável apenas pelos prejuízos por ele causados, conforme dispõe Maria Helena Diniz, em certos casos há a responsabilização de um terceiro, que em virtude de determinadas condições, é

responsável pelo efetivo causador do dano, devendo então ser responsabilizado por prejuízo causado (2010a, p. 530).

Prossegue a doutrinadora:

Na responsabilidade do fato alheio alguém responderá, indiretamente, por prejuízo resultante da prática de um ato ilícito por outra pessoa, em razão de se encontrar ligado a ela, por disposição legal. Há dois agentes, portanto: o causador do dano e o responsável pela indenização. Tal responsabilidade surge do fato praticado por pessoa por quem se é responsável (2010a, p. 531).

Isso se dá, conforme dispõe Silvio de Salvo Venosa, em virtude de que se unicamente os causadores diretos dos danos fossem responsabilizados, muitos prejuízos ficariam sem ressarcimento. Assim, em determinados casos, expostos em lei, terceiros serão responsabilizados pelo pagamento da indenização de um prejuízo causado, ainda que não tenha concorrido diretamente para o evento (2006, p. 63).

Estes terceiros, segundo aduz Arnaldo Rizzardo, arcarão com as consequências dessa responsabilização em virtude da existência de uma relação de cuidado ou de poder sobre o efetivo causador, criando um dever de vigilância, controle, guarda e proteção (2013, p. 101).

Ou seja, há o cometimento de um ato ilícito por um indivíduo que, por disposição legal, não pode, ou não deve, por ele responder, responsabilizando-se outrem a ele ligado e por tal ligação, por ele responsável.

Tal disposição encontra-se elucidada em nosso ordenamento jurídico no art. 932 do Código Civil de 2002, já mencionado no tópico anterior, o qual dispõe:

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 (BRASIL, 2016a).

Tal responsabilidade, evidentemente, advém da descrita responsabilidade civil objetiva, uma vez que não provém da culpa deste terceiro, propriamente, mas do risco corrido de que o fato adviesse (DINIZ, 2010a, p. 532).

Assim, exclui-se a ideia de culpa presumida, nos dizeres de Flávio Tartuce, os conceitos específicos das chamadas culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo*, devendo-se falar tão somente em responsabilidade objetiva ou responsabilidade sem culpa (2014a, p. 543), embora para sua caracterização analise-se a falta de vigilância ou guarda, entre outros.

Tal previsão encontra-se no Código Civil de 2002 no artigo seguinte àquele que expõe os responsabilizados pelos fatos de terceiros:

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 (BRASIL, 2016a).

Em que pese essa responsabilização pelo risco assumido, alguns doutrinadores, como Sérgio Cavalieri Filho, aduzem que a responsabilidade civil pelo fato de outrem, na verdade, seria uma responsabilidade por fato próprio omissivo, uma vez que concorrem indiretamente para o dano, pela falta de um dever, sendo tal omissão a causa mediata, porém eficiente, do prejuízo causado (2014, p. 236).

Este assunto será melhor debatido no último capítulo, quando se poderá ter uma melhor elucidação do tratamento destinado à esses casos, abordando-se especificamente a questão dos pais como responsáveis pelo danos causados pelos filhos incapazes (art. 932, inc. I, do Código Civil).

3 PODER FAMILIAR E INCAPACIDADE DE FATO

Algumas responsabilidades, conforme discorrido no tópico anterior, surgem decorrentes de atos cometidos por outrem. Tal situação emoldura-se, por exemplo, quando certos indivíduos já são legalmente responsáveis por outros.

É o caso do poder familiar, o qual se conceituará adiante, porém, reflete-se em um dever de cuidado, que impõe a obrigação de educação e vigilância dos pais sobre os filhos menores. A própria Constituição Federal de 1988 evoca em seu art. 229 tal questão, ao dispor que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]” (BRASIL, 2016b).

Isso porque, tais filhos não dispõem da capacidade de fato suficiente para poder exercer os atos da vida civil, necessitando de alguém que os assista ou represente.

3.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO DO PODER FAMILIAR NO BRASIL

É consabido que nos tempos antigos a figura paterna era vista como detentora do poder de educar e controlar os filhos, porquanto a mãe, que também deveria obedecer às leis patriarcais, apenas auxiliava na criação, sem qualquer poder impositivo (RIZZARDO, 2011, p. 535-536).

Por tal razão, inclusive, tal atribuição era denominada Pátrio Poder, uma vez que o patriarca quem possuía a autoridade de controle sobre o restante da família, segundo as leis de cada época.

Seguindo tal vértice, o Código Civil Brasileiro de 1916 trazia a figura do marido como chefe da família. A superioridade dada à figura masculina tornava-se ainda mais ressaltada quando se tinha a mulher casada inclusa no rol de indivíduos relativamente incapazes de exercer determinados atos da vida civil, enquanto na subsistência da sociedade conjugal (BRASIL, 2016c).

Em que pese evoluções ocorridas ao longo do tempo, como o surgimento do Estatuto da Mulher Casada, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 e, após, confirmado pelo Código Civil de 2002, passou a vigorar a responsabilidade de ambos os genitores pelos filhos, modificando-se, inclusive, a denominação, quando surge então o chamado poder familiar.

O Código Civil de 2002 traz um capítulo nominado e destinado exclusivamente ao poder familiar, o qual disciplina e regula as diretrizes atinentes ao mesmo. Tais disposições encontram-se no Capítulo V, artigos 1.630 a 1.638 (BRASIL, 2016a).

Em que pese a nova nomenclatura, esta ainda não seria a mais correta a ser utilizada, conforme expõe Carlos Roberto Gonçalves, o qual preceitua:

A denominação poder familiar é melhor que pátrio poder utilizada pelo Código de 1916, mas não é a mais adequada, porque ainda se reporta ao poder. Algumas legislações estrangeiras, como a francesa e a norte-americana, optaram por autoridade parental, tendo em vista que o conceito de autoridade traduz melhor o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não coação física ou psíquica, inerente ao poder (2015a, p. 133).

Este interesse de outro indivíduo advém da necessidade natural de proteção que os filhos, em determinados momentos da vida, necessitam.

Antes de adentrar nestes interesses, é importante verificar o conceito de poder familiar.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho (2010b, p. 564).

Conforme dispõe Maria Berenice Dias, “de objeto de poder, o filho passou a sujeito de direito. Essa inversão ensejou modificação no conteúdo do poder familiar, em face do interesse social que envolve. Não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais” (2013, p. 435).

Em que pese o exercício pelos pais, o Estado intervém no poder familiar através da fiscalização e controle, como ao limitar o tempo de exercício, bem como restringir o uso e os direitos dos genitores. Ainda, tal poder é irrenunciável, uma vez que não é possível aos genitores dispensarem tal atribuição; indisponível, ou seja, inalienável, não transferível à outras pessoas por aqueles que o possuem; imprescritível, porquanto só é possível perdê-lo dentre as hipóteses legalmente previstas; e incompatível com a tutela, quando não é possível nomear um tutor ao

menor o qual os pais ainda estejam no exercício do poder familiar (DINIZ, 2010b, p. 565-566).

Relativamente à abrangência do poder familiar, em hipótese padrão, prossegue Maria Helena Diniz afirmando que este “compreende-se aquela família na qual o pai e a mãe estão vivos e unidos pelo enlace matrimonial ou pela união estável, sendo ambos plenamente capazes. Nesta circunstância o poder familiar é simultâneo, o exercício é de ambos os cônjuges” (2010b, p. 566-567).

Assim, inclusive, dispõe o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.631, o qual prevê que “durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais [...]” (BRASIL, 2016a).

Evidente que há situações que fogem à regra acima descrita, como na ocasião de pais divorciados. Tal circunstância, por ser objeto de análise específica do presente trabalho, será posteriormente abordada de forma isolada e amplamente fundamentada, porém, é importante o conhecimento do conceito supra, uma vez que somente possível analisar-se as exceções, quando conhecendo a regra geral.

A legislação brasileira compreende tal instituto não apenas no Código Civil de 2002, mas também através da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o qual prevê em seus artigos 21 a 24, disposições que foram abrangidas posteriormente pela legislação civil (BRASIL, 2016d).

Conhecidos os aspectos primordiais do poder familiar, passe-se agora à análise do exercício efetivo desse poder.

3.2 EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR VINCULADO AOS MENORES DE DEZOITO ANOS

Em que pese de conhecimento natural as atribuições dos pais para com os filhos, o art. 1.634 do Código Civil de 2002, elenca os deveres e direitos dos pais enquanto no exercício do poder familiar, quais sejam:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2016a).

De todas as atribuições acima elencadas, como das mais importantes logo no início da convivência familiar tem-se a criação e educação.

Segundo dispõe Denise Damo Comel, a criação implica na garantia aos filhos daqueles direitos tidos como fundamentais para seu desenvolvimento e sobrevivência. É o cuidar e educar para o futuro (2003, p.98, apud NOGUEIRA, 2011).

Este educar, conforme Leonardo Castro, “abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho [...], criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança” (2007).

A convivência familiar é primordial ao poder familiar, e esta não significa necessariamente residir junto ao filho menor, mas sim fazer-se presente em sua vida (COMEL, 2003, p. 110-111 apud NOGUEIRA, 2011).

Algumas destas atribuições do poder familiar, anteriormente ao Código Civil em vigência, já se faziam presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 22 prevê, com todas as alterações ocorridas ao longo dos anos desde sua publicação:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.
Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei (BRASIL, 2016d).

O dever de guarda também se faz presente em ambos os diplomas legais. Acerca de tal atributo, dispõe Maria Helena Diniz:

Esse direito de guarda é, concomitantemente, um poder-dever dos titulares do poder familiar. Dever porque os pais, a quem cabe criar, incumbe

guardar. Constitui um direito, ou melhor, um poder porque os pais podem reter os filhos no lar, conservando-os junto a si, regendo seu comportamento em relações com terceiros, proibindo sua convivência com certas pessoas ou sua freqüência a determinados lugares, por julgar inconveniente aos interesses dos menores. [...] O direito de guarda abrange, necessariamente, o de vigilância, que torna efetivo o poder de dirigir a formação moral do menor (2010b, P. 570).

É importante mencionar que, em que pese os dispositivos específicos, a Constituição Federal de 1998 já trazia atribuições inerentes aos pais quantos aos filhos, conforme se colhe de seus artigos 227 e 229:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

Art. 229. 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 (BRASIL, 2016b).

Frisa-se que todos os deveres-poderes atinentes aos pais são de suma importância. Aqui, dá-se maior ênfase à criação, educação e guarda, porquanto objetos diretos de análise do presente trabalho.

O artigo 1.635 do Código Civil apresenta as formas de extinção do poder familiar, dentre as quais, destaca em seu inciso III, o alcance da maioridade pelo filho menor, ou seja, a aquisição de capacidade para o exercício pessoal dos atos da vida civil (BRASIL, 2016a).

Conforme visto, cabe aos pais o exercício do poder familiar quanto aos filhos menores. Atingida a maioridade, tais atribuições enquanto deveres, em regra geral, cessam. Isso porque, enquanto menores, os filhos são tidos como incapazes, necessitando de auxílio. Atingidos determinados marcos e adquirindo capacidade, cessa a necessidade de representação ou assistência para os atos da vida civil.

É importante então verificar o que define estes incapazes.

3.3 OS INCAPAZES DE FATO NO ATUAL DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil Brasileiro de 2002, logo em seus artigos iniciais, traz como um de seus preceitos básicos a capacidade que todo indivíduo possui de ser sujeito

de direitos e deveres, ou, conceituando-se em sentido amplo, a aptidão do indivíduo para exercer direitos e assumir deveres na esfera civil (TARTUCE, 2014b, p. 127).

Logo no artigo 1º do mencionado diploma, tem-se a chamada capacidade de direito ou de gozo, a qual permite ao indivíduo adquirir direitos logo no momento do nascimento com vida. Todavia, a aquisição da capacidade para exercê-los, chamada capacidade de fato, requer alguns requisitos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009b, p. 88).

Conforme dispõe Flávio Tartuce, “toda pessoa tem capacidade de direito, mas não necessariamente a capacidade de fato, pois pode lhe faltar a consciência para o exercício dos atos de natureza privada” (2014b, p. 128).

Prossegue o citado doutrinador: “quem tem as duas espécies de capacidade tem a capacidade civil plena. Quem só tem a capacidade de direito, tem capacidade limitada” (2014b, p. 128).

Aqueles que possuem essa capacidade limitada são denominados incapazes, cuja limitação decorre da ausência de aptidão para exercer, por si próprio, os atos da vida civil, em virtude da falta de discernimento necessário para distinguir atos lícitos e convenientes daqueles ilícitos ou prejudiciais (DINIZ, 2010c, p. 153).

Porém, nem toda limitação deve ser tratada como a ausência de capacidade ou a impossibilidade absoluta de exercício dos atos civis. Nesse sentido, dispõe Maria Helena Diniz:

Como toda incapacidade advém de lei, conseqüentemente não constituem incapacidade quaisquer limitações ao exercício dos direitos provenientes de ato jurídico *inter vivos* ou *causa mortis*. [...] O instituto da incapacidade visa proteger os que são portadores de uma deficiência jurídica apreciável, graduando a forma de proteção que para os absolutamente incapazes (CC, art. 3º) assume a feição de representação, uma vez que estão completamente privados de agir juridicamente, e para os relativamente incapazes (CC, art. 4º) o aspecto de assistência, já que têm o poder de atuar na vida civil, desde que autorizados. Por meio da representação e assistência, supre-se a incapacidade, e os negócios jurídicos realizam-se regularmente (2010c, p. 154-155).

Frisa-se que, em que pese a alteração no rol dos indivíduos incapazes previstos nos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002 com o advento da Lei n. 13.146/2015, no entendimento da doutrinadora acima referenciada apenas evidenciou-se a divisão entre absoluta e relativamente incapazes, cujos artigos

persistem os mesmos, bem como a forma de representação e assistência, a qual permaneceu inalterada.

3.3.1 Incapacidade absoluta

Dispõe o art. 3º do Código Civil de 2002 que “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos” (BRASIL, 2016a).

Conforme aduzem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, nessa situação encontram-se as pessoas que estejam impossibilitadas de manifestar real e juridicamente sua vontade (2009b, p. 90).

Considerando que a incapacidade decorrente da idade será objeto de análise adiante, aqui se limitará aduzir o que é esta incapacidade absoluta, que nos dizeres de Cezar Fiuza:

A incapacidade absoluta tem como consequência o simples fato de, em princípio, a pessoa não ter sua vontade levada em consideração. É como se, em tese, não tivesse vontade própria. Tem, assim, que ser representada por responsável legal em tudo o que for fazer. É a vontade deste representante que conta, pelo menos em princípio [...] (2016, *e-book*).

É pertinente destacar que até a promulgação da Lei 13.146 em 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), o mencionado art. 3º apresentava duas outras hipóteses de incapacidade absoluta, quais sejam, aquelas nas quais os indivíduos, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos; ou os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade (BRASIL, 2016e).

Com a referida Lei, tais indivíduos passaram a ser vistos como relativamente incapazes, ou quais serão abaixo destacados.

Dessa forma, os únicos integrantes do rol de absolutamente incapazes, ou seja, os menores de dezesseis anos, encontram-se em tal posição exclusivamente em decorrência de sua idade, conforme dispõe Cezar Fiuza:

Absolutamente incapazes são os menores de 16 anos, também chamados menores impúberes. Antes das alterações sofridas pelo Código Civil em 2015, também se consideravam absolutamente incapazes as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o discernimento necessário para a prática de atos da vida civil, bem como aqueles que,

mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade. Com as alterações inseridas no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), são absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos (2016, e-book).

3.3.2 Incapacidade relativa

Segundo aduzem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “entre a absoluta incapacidade e a plena capacidade civil, figuram pessoas situadas em zona intermediária, por não gozarem de total capacidade de discernimento e autodeterminação” (2009b, p. 94).

Essas pessoas possuem a possibilidade de praticar, por si, os atos da vida civil, todavia, devem estar assistidas por outro indivíduo, legalmente autorizado (VENOSA, 2016, p. 151).

O art. 4º do Código Civil de 2002 apresenta, também reformado através da Lei 13.146/2015, o rol taxativo de relativamente incapazes:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos (BRASIL, 2016a).

Relativamente àqueles indivíduos elencados no inciso I, quais sejam, maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, também serão objeto de análise posteriormente, portanto, não serão feitas maiores considerações neste tópico.

Quanto aos ébrios habituais, estes podem ser descritos como aqueles que tem a embriaguez como hábito, ou seja, são considerados alcoólatras. Os viciados em tóxicos, por sua vez, a própria definição já é suficientemente clara.

Os indivíduos previstos no inciso III são aqueles já referidos, os quais até 2015 eram tidos como absolutamente incapazes. Essa relativização parte da procura do Estatuto da Pessoa com Deficiência em atribuir maiores direitos aos deficientes, uma vez que cada incapacidade deva ser analisada no caso concreto (VENOSA, 2016, p. 149).

Nesse sentido, dispõe Silvio de Salvo Venosa que as pessoas deficientes “nunca serão consideradas totalmente incapazes, mas relativamente capazes, de acordo com sua respectiva avaliação” (2016, p. 149).

Por fim, o pródigo é “o indivíduo que gasta demesdidamente, dissipando seus bens, sua fortuna (VENOSA, 2016, p. 151).

O suprimento dessas incapacidades, para que os indivíduos não fiquem impossibilitados totalmente de exercer os atos da vida civil, se dá através da representação e assistência.

3.3.3 Representação e assistência

A representação e assistência aos incapazes dão-se como uma forma de proteção jurídica a esses indivíduos, seja em relação à própria pessoa ou aos seus bens (DINIZ, 2010c, p. 182).

Acerca de tal questão, disciplina Maria Helena Diniz que os incapazes assim denominados em razão da idade, terão os pais, quando detentores do poder familiar, como responsáveis por representá-los quando na condição de absolutamente incapazes (menores de dezesseis), e assisti-los, quando relativamente incapazes, ou seja, entre dezesseis e dezoito anos, nos atos que os menores não puderem ser parte.

Em não estando os menores sob o poder familiar, caberá a um tutor representá-los ou assisti-los, nos mesmos moldes acima descritos. Quanto aos demais incapazes, caberá a um curador representá-los ou assisti-los, conforme o grau de incapacidade (2010c, p. 185-186).

3.4 INCAPACIDADE POR IDADE

Conforme já abordado em tópicos anteriores, entre os considerados incapazes no direito civil brasileiro, há duas figuras que assumem tal condição exclusivamente em virtude da idade. São os menores de dezesseis anos e aqueles entre dezesseis e dezoito anos, respectivamente, absoluta e relativamente incapazes.

3.4.1 Menores de dezesseis anos

Previstos no art. 3º do Código Civil de 2002, os indivíduos menores de dezesseis anos de idade são os únicos considerados, em princípio, absolutamente

incapazes ou, nos dizeres de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, “a pessoa é inteiramente imatura para atuar na órbita do direito” (2009b, p. 90).

Ou seja, até tal faixa etária, pode-se dizer que os indivíduos “não atingiram o discernimento para distinguir o que podem ou não fazer, o que lhes é conveniente ou prejudicial. Dado seu desenvolvimento mental incompleto carecem de auto-orientação, sendo facilmente influenciáveis por outrem” (DINIZ, 2010c, p. 157).

Acerca do tema, dispõe Silvio de Salvo Venosa:

Ao estabelecer essa idade de 16 anos, o legislador considerou não a simples aptidão genética, isto é, de procriação, porém o desenvolvimento intelectual que, em tese, torna o indivíduo plenamente apto para reger sua vida. [...] É claro que a capacidade, física e intelectualmente falando, varia de pessoa para pessoa. Contudo, a atual lei civil devia fixar uma regra geral e preferiu o limite de idade como critério para a incapacidade (2016, p. 147-178).

É importante destacar que menor de dezesseis anos integra o rol de absolutamente incapazes desde o Código Civil de 1916, cuja faixa etária foi mantida pelo legislador quando do Código Civil de 2002, apesar de farta discussão doutrinária quanto a real capacidade dos jovens atualmente, em detrimento da mentalidade que possuíam quando da criação do Código anterior (DINIZ, 2010c, p. 157).

Conforme já acima discorrido e de acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, tratando-se de absolutamente incapazes, os menores de dezesseis anos devem ser representados por seus genitores ou tutores, os quais praticarão os atos no interesse do incapaz (2009b, p. 100).

3.4.2 Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos

A outra incapacidade por idade caracteriza-se através do indivíduo relativamente incapaz, ou seja, com idade entre dezesseis e dezoito anos, conforme artigo 4º, inciso I, do Código Civil de 2002.

Neste caso, conforme Maria Helena Diniz, os menores “podem praticar por si os atos da vida civil desde que assistidos por quem o direito positivo encarrega esse ofício, em razão de parentesco, de relação de ordem civil ou de designação judicial” (2010c, p. 172).

Assim, em que pese ainda a pouca experiência e insuficiente desenvolvimento intelectual que impossibilitam a plena participação na vida civil, não se faz mais necessário uma representação, bastando que os atos realizados pelos menores sejam assistidos por aqueles acima citados, sob pena de anulação (DINIZ, 2010c, p. 172-173).

3.4.3 Cessação da incapacidade por idade

Em regra, a incapacidade por idade encerra quando o indivíduo completa dezoito anos, conforme previsto no artigo 5º do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2016a).

Porém, há ainda outras hipóteses previstas no parágrafo único do mencionado art. 5º, quais sejam:

Art. 5º [...]

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 (BRASIL, 2016a).

Acerca da cessação da incapacidade por idade situação, dispõe Silvio de Salvo Venosa:

A maioria do menor ocorrerá quando este completar 18 anos. Antes da idade legal o agente poderá adquirir plena capacidade pela emancipação. A principal modalidade de emancipação é aquela concedida pelos pais. Essa emancipação deve ser vista como um benefício para o menor (2016, p. 158).

Ou seja, apenas em determinados casos, através da concessão dos pais ou de uma decisão judicial, poderá o menor, fugindo da regra geral, ter cessada sua incapacidade antes da faixa etária necessária.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES DIVORCIADOS PELOS DANOS CAUSADOS POR FILHOS INCAPAZES

No âmbito da responsabilização por ato de terceiro, conforme abordado no primeiro capítulo, dispõe o art. 932, inc. I do Código Civil de 2002, que são responsáveis pela reparação civil os pais pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. É a responsabilidade dos pais pelos filhos incapazes, que nesta condição, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, não possuindo capacidade para o exercício de todos os atos da vida civil, não responderão diretamente pelos próprios danos causados (BRASIL, 2016a).

Aqui, além de se analisar as prerrogativas e os limites dessa responsabilidade enquanto ambos os pais encontram-se em perfeita comunhão de esforços no exercício do poder familiar, se verificará os conflitos ocasionados quando os genitores encontram-se divorciados.

4.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS FILHOS MENORES

Conforme já bastante discorrido, em determinadas situações, terceiros são civilmente responsáveis por indivíduos que, por determinação legal, por exemplo, não possam ser responsabilizados por seus próprios atos danosos. É o caso dos pais responsáveis pelos filhos menores.

O art. 932, inciso I, do Código Civil de 2002, dispõe expressamente que “são também responsáveis pela reparação civil os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia” (BRASIL, 2016a).

Acerca dessa responsabilidade, dispõe Arnaldo Rizzardo:

Todos os atos lesivos que forem praticados pelos filhos se incluem na responsabilidade dos pais, que, naturalmente, oferecem mais condições econômicas de suportar a indenização. É evidente que os filhos, por serem menores, e normalmente não desempenhando atividades rendosas, não em patrimônio próprio e muito menos recursos, se demandados por seus atos. Como os pais estão revestidos do poder familiar, pelo qual se lhes incumbem várias obrigações, sendo relevantes as do sustento, de educação, e formação, de orientação, de vigilância, depreende-se que a conduta destemperada ou falha, que leva a causar danos, constitui decorrência da insuficiência no desempenho do poder familiar, ou de culpa na vigilância e formação comportamental. (2013, p. 105-106).

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “o objetivo da norma é aumentar a possibilidade de a vítima receber a indenização, já que o menor, ordinariamente, não tem patrimônio próprio suficiente para reparar o dano” (2014, p. 239).

Prossegue ainda:

[...] Essa espécie de responsabilidade, tem por fundamento o vínculo jurídico legal existente entre pais e filhos menores, o poder familiar, que impõe aos pais obrigações várias, entre as quais a de assistência material e moral (alimentos, educação, instrução) e de vigilância, sendo esta nada mais que um comportamento da obra educativa.

Esses os motivos que justificam a responsabilidade dos pais. Um filho criado por quem observe à risca esses deveres não será, ordinariamente, autor de fato danoso a outrem (2014, p. 239).

Em que pese a importância dessa vigilância, nos dizeres de Flávio Tartuce, a responsabilidade civil não decorre dela especificamente, ou da falta dela, na qual aqueles que possuem a obrigação de vigilância são civilmente responsáveis pelos danos causados por aqueles a quem deviam vigiar (e não o fizeram adequadamente). “Desse modo, é fundamental repetir que não se pode mais falar em culpa presumida [...], mas em responsabilidade sem culpa, de natureza objetiva” (2014a, p. 543).

Isso, inclusive, é o que aduz o art. 933 do Código Civil de 2002, o qual prevê que “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Prossegue Flávio Tartuce:

[...] os casos de presunção relativa de culpa foram banidos do ordenamento jurídico brasileiro, diante de um importante salto jurídico. [...] Nesse sentido, repise-se enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil, de nossa autoria, estabelecendo que “A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independentemente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida” (Enunciado n. 451, CJF/STJ). (2014a, p. 543-544).

Ou seja, pouco importará se os pais foram efetivamente vigilantes no cuidado com os filhos ou não, que supostamente ocasionou um dano, uma vez que não se analisará se concorreram com culpa ou não, diferentemente do Código Civil de 1916, que em seu artigo 1.523 previa que os pais somente seriam responsáveis pelos filhos menores se comprovada sua culpa ou negligência (BRASIL, 2016c).

Esse dispositivo restou revogado pelo Código de Menores de 1927, que posteriormente perdeu vigência em razão do novo Código de Menores promulgado em 1979 e atualmente revogado pela Lei n. 8.069/90, porém, em nenhum momento se trouxe o restabelecimento do antigo artigo 1.523, sendo que a responsabilidade dos pais então, desde a vigência do Código de Menores de 1927 já era objetiva, independente de culpa (DINIZ, 2010a, p. 536).

Porém, para que estas pessoas possam ser responsabilizadas, necessária a culpa comprovada daqueles por quem são responsáveis, neste caso, dos filhos.

Isso porque, conforme ensinamentos de Rui Stoco, o art. 933 do Código Civil de 2002 afastou a necessidade de culpa dos pais, entretanto, não dispensou a culpa dos autores do ato ilícito, neste caso os filhos. No caso dos menores de dezesseis anos, essa culpa seria presumida, uma vez que, por sua própria condição, o autor do dano não tem condição de determinar-se e entender a ilicitude da ação danosa praticada, não se podendo então, fazer qualquer questionamento acerca da culpa. Por outro lado, o menor relativamente incapaz, já possuindo certo discernimento, há que se comprovar a culpa no evento danoso cuja ilicitude é presumidamente de conhecimento do menor (2013, p. 1.245-1.246).

Ainda, o Código Civil de 2002, traz em seu art. 928 a possibilidade de o patrimônio do próprio menor ser atingido pela indenização decorrente do dano por ele causado, veja-se:

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 (BRASIL, 2016a).

Acerca desta situação, dispõe Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona

Filho:

Pouco importando, pois, que se trate de menor absoluta ou relativamente incapaz, se o seu representante não tiver a obrigação de indenizar [...], ou for pobre, poderá a vítima demandar o próprio menor, objetivando o devido ressarcimento, caso haja patrimônio disponível.

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

a situação de hipossuficiência do incapaz, que não poderá ficar à míngua em virtude de sua responsabilização civil (2009a, p. 154-155).

Complementando o acima exposto, dispõe Rui Stoco:

Não basta que os responsáveis imediatos [...] não disponham de meios para se eximirem da obrigação. É fundamental que o incapaz disponha desses meios e que eles não lhe façam falta, ou não privem do necessário tanto o incapaz como seus dependentes (2013, p. 1.247).

Ou seja, o Código Civil de 2002 prevê a possibilidade de uma responsabilização secundária do menor pelo dano causado, a qual, dentro dos requisitos necessários, será equitativa e, sendo a obrigação imposta privativa de garantir-lhe a subsistência, estará o menor livre do encargo (STOCO, 2013, p. 1.248).

Considerando que o presente estudo limita-se à discussão da responsabilidade dos pais em situações normais, não serão feitas maiores considerações acerca dessa possibilidade excepcional de responsabilização secundária do menor, uma vez ser dispensável à discussão promovida.

O importante a ser destacado é que, nos termos da legislação civil vigente, os genitores, independente de culpa, responderão pelos danos causados pelos filhos incapazes, inclusive sem direito à ação de regresso, em virtude do princípio da solidariedade familiar, previsto no artigo 934 do Código Civil de 2002 (DINIZ, 2010a, p. 537-538).

Tal dispositivo prevê que “aquele que 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” (BRASIL, 2016a). É o presente caso, com os pais na condição de responsáveis pelos seus descendentes incapazes.

4.2 A GUARDA DENTRO DO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR PELOS GENITORES DIVORCIADOS

No capítulo anterior foi possível verificar as prerrogativas atinentes ao exercício conjunto do poder familiar pelos genitores. Porém, suas definições são aplicadas, de modo geral, quando não há conflitos entre os genitores responsáveis

pelo menor, ou seja, na ocasião que o incapaz encontra-se sob a guarda e autoridade de ambos os genitores, os quais vivem em perfeita união, normalmente sob o mesmo teto e dividindo as responsabilidades em comum acordo.

Esta também deveria ser a realidade quando os genitores encontram-se separados. Isso porque, o próprio artigo 1.634 do Código Civil de 2002 dispõe que “compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar [...]” (2016a - grifei).

Ressaltando ainda o acima exposto, o art. 1.632 do mesmo Diploma Legal já dispunha que “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos” (BRASIL, 2016a).

Porém, várias são as peculiaridades do caso.

Quando há o divórcio entre um até então casal, em havendo filhos menores, faz-se necessário discutir a guarda destes.

Acerca dessa atribuição, disciplina Arnaldo Rizzardo:

A guarda corresponde não apenas à residência dos filhos com um dos pais, em havendo a separação. Envolve a responsabilização do exercício de direitos e deveres no concernente ao poder familiar sobre os filhos comuns, especialmente no que se refere à direção e à autoridade nas decisões sobre a criação, formação, educação, controle, orientação, vigilância e cuidados especiais (2011, p. 235).

O artigo 1.583, o primeiro do capítulo XI do Código Civil de 2002 que trata da proteção da pessoa dos filhos, já disciplina os tipos de guarda a que podem optar os pais, quais sejam, unilateral ou compartilhada (BRASIL, 2016a).

Frisa-se que a possibilidade de guarda compartilhada foi trazida ao texto legal apenas no ano de 2008, através da Lei n. 11.698/08 (BRASIL, 2016f), sendo que até então vigorava tão somente o instituto da guarda unilateral.

A definição dos tipos de guarda é feita pelo próprio Código Civil de 2002, no §1º do artigo 1.583, dispondo que:

Art. 1.583 [...]

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada 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 (BRASIL, 2016a).

Mesmo optando os genitores que apenas um permaneça com a guarda do filho, ambos permanecem como titulares do poder familiar. Nesse sentido, dispõe Arnaldo Rizzardo:

Nos casos de separação judicial, divórcio e dissolução da união estável, os filhos ficam na guarda de um dos progenitores. Ao outro é reservado o direito de visita. Não há, porém, relativamente a este, a perda, e nem sequer a suspensão, do exercício do poder familiar.

[...]

Prosseguem ambos os genitores, após a separação, titulares do pátrio poder. Os direitos e deveres que o compõe, entretanto, é que se distribuem entre os genitores, até porque seria impossível o exercício conjunto de todos os direitos componentes do feixe, à ausência de lar comum (2011, p. 540).

No mesmo sentido, dispõe Maria Helena Diniz, aduzindo que, mesmo na modalidade unilateral, a guarda não altera as atribuições de ambos os genitores quanto ao poder familiar, uma vez que essa é direito da natureza do poder familiar, e não de sua essência (2010b, p. 571).

Isso porque, conforme já discorrido em capítulos anteriores, a relação entre guarda e poder familiar parte-se de que aquela é apenas uma, dentre as várias atribuições inerentes a esse poder.

Exemplificando a situação, aduz Ivone Zeger:

Quem detém o poder familiar sobre a criança nem sempre detém sua guarda. É o que acontece, por exemplo, quando um casal se divorcia e a guarda è concedida à mãe. Numa situação como essa, tanto o pai quanto a mãe continuam sendo detentores do poder familiar, mas só a mãe detém a guarda. Da mesma forma, nem sempre quem detém a guarda é o detentor do poder familiar. Isso ocorre quando a guarda da criança é concedida a terceiros, como a avó, por exemplo. Nesse caso, a avó possuía a guarda, mas não possui o poder familiar, que continua cabendo aos pais do menor (2012, *online*).

Ou seja, em que pese a ligação entre os dois institutos, não se confundem, podendo um existir sem necessariamente o outro.

No mesmo sentido, Fabio Ulhoa Coelho:

A atribuição da guarda a um dos genitores, em nada altera a extensão do poder familiar no que diz respeito aos demais direitos e deveres. Mesmo o pai ou a mãe que não titula a guarda continua a participar do poder familiar. Se o filho não vai bem na escola, a responsabilidade por encaminhar uma solução não cabe exclusivamente ao titular da guarda, mas a ambos os pais. Se o menor precisa de aconselhamento, cuidados médicos, diversão

ou atenção e carinho, não se pode omitir o pai ou a mãe que não titula a guarda, sob pretexto de dela estar excluído (2012, p. 238).

O doutrinador expõe ainda uma modalidade de guarda diferente, a qual aqui será tão somente mencionada e conceituada, uma vez que incomum, sequer prevista na legislação e no presente trabalho pretende-se analisar a aplicação efetiva da guarda em casos costumeiros. Trata-se da guarda alternada:

Além da guarda unilateral e da compartilhada previstas em lei, deve-se fazer menção também à guarda alternada, que corresponde à atribuição periódica da guarda a cada pai.

Neste semestre ou ano, por exemplo, o filho fica com a mãe, e o pai tem o direito de visita; no próximo, inverte-se, e ele fica com o pai, e a mãe o visita nos horários e dias previamente definidos. Esta espécie de guarda nem sempre se tem revelado uma alternativa adequada para o menor, cuja vida fica cercada de instabilidade. Não convém seja adotada, a não ser em casos excepcionais, em que, por exemplo, os pais residem em cidades distantes ou mesmo em diferentes países (COELHO, 2012, p. 241).

Após a introdução da Lei n. 11.698/2008, que trouxe a guarda compartilhada, novos aspectos a esse instituto foram objetos de discussão, culminando na Lei n. 13.058/2014 (BRASIL, 2016g), que modificou alguns artigos a fim de melhor regulamentar a definição da guarda, e transformar, legalmente, a guarda compartilhada em regra geral.

O doutrinador Fabio Ulhoa Coelho, já trazia, em 2012, tal situação, ao aduzir:

A regra, atualmente no ordenamento jurídico brasileiro é a adoção da guarda compartilhada. Isso porque, em não havendo acordo entre os genitores acerca de sob a guarda de qual ficarão os filhos, deve o juiz determinar o compartilhamento, desde que ambos se mostrem aptos a exercê-la (2012, p. 238-239).

É o que dispõe o §2º do artigo 1.584 do Código Civil de 2002, com redação dada pela Lei n. 13.058/2014, veja-se:

Art. 1.584 [...]

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (BRASIL, 2016a).

Porém, evidentemente, como o próprio texto legal traz, nem em todas as situações é possível a aplicação dessa modalidade. Nesse sentido, dispõe Carlos Roberto Gonçalves:

Trata-se, naturalmente, de modelo de guarda que não deve ser imposto como solução para todos os casos, sendo contraindicado para alguns, como, por exemplo, quando um dos genitores não reunir condições para bem cuidar do menor. Sempre, no entanto, que houver interesse dos pais e for conveniente para os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada (2015a, p. 87).

O próprio texto legal prevê essa alternativa à guarda compartilhada, porque é consabido que muitos são os casos onde persiste a vontade pela guarda unilateral. Visando tal situação ainda, a lei especificou também as atribuições dos genitores quando da guarda unilateral, a fim de sempre salvaguardar o interesse do menor em ter garantidos os direitos que lhe são inerentes na constância do poder familiar, conforme dispõe Carlos Roberto Gonçalves:

A Lei n. 13.058/2014, que modificou os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, deu oportuno destaque, no § 5º do art. 1.583, à regra de que “a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos”. E, para possibilitar tal supervisão, acrescentou que “qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos” (2015a, p. 87).

Ou seja, independente da modalidade de guarda exercida, esta não altera os direitos dos filhos e deveres dos pais de exercer as atribuições atinentes ao poder familiar, porquanto a relação com os filhos em nada deve se alterar a partir da dissolução da sociedade conjugal.

4.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES DIVORCIADOS PELOS DANOS CAUSADOS POR FILHOS INCAPAZES

Diante de todo o conteúdo visto anteriormente, algumas são as premissas básicas, quais sejam, os pais são responsáveis pelos filhos menores e, mesmo quando divorciados, continuam com o dever de exercer o poder familiar sobre esses.

Entretanto, repousam dúvidas quanto à responsabilidade civil desses pais, quando divorciados, por danos causados pelos filhos menores.

Inicialmente, o art. 932, inc. I do Código Civil de 2002 não faz distinção quanto aos genitores casados ou divorciados, apenas trata da responsabilidade dos pais pelos filhos.

Porém, tal dispositivo apresenta a autoridade e companhia como necessárias para a imposição da responsabilidade (BRASIL, 2016a). Novamente ressaltando, quando os pais encontram-se casados não há controvérsias, uma vez que ambos, teoricamente, encontram-se em companhia e autoridade para com os filhos.

Não é o caso quando os pais encontram-se divorciados e possuem filhos incapazes.

Isso porque, muito se discute acerca do efetivo exercício do poder familiar quando apenas um dos genitores encontra-se com a guarda do menor, comparando o termo companhia com o exercício da guarda.

Acerca do tema, dispõe Maria Helena Diniz:

Se o menor estava sob a guarda e companhia da mãe, em razão de separação judicial ou divórcio, esta responderá pelo ato ilícito do filho e não o pai, tendo-se em vista que está no exercício do poder familiar (2010b, p. 534).

Com o mesmo entendimento, dispõe Flávio Tartuce:

[...] para que o pai ou a mãe responda pelos danos causados pelo filho, deve ter o último sob sua autoridade e companhia, nos exatos termos do que enuncia o texto legal. A par dessa conclusão, o pai que não tem a guarda do filho não poderá responder (2014b, p. 544).

Por outro lado, conforme Maria Berenice Dias, deve-se considerar que a guarda, conforme supramencionado, é apenas uma das atribuições atinentes ao poder familiar, destacando que:

Solvido o relacionamento dos pais, nada interfere no poder familiar com relação aos filhos (CC 1.632). O exercício do encargo familiar não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros. É plena a desvinculação legal da proteção conferida aos filhos à espécie de relação dos genitores. Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando do divórcio dos genitores, o que não modifica os direitos e deveres em relação aos filhos (CC 1.579). Também a dissolução da união estável não se reflete no exercício do poder familiar (2013, p. 420).

E ainda:

[...] a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas do filho. Com isso, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz seqüelas de ordem emocional e reflexos no seu desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida (2010, p. 407).

Ou seja, em que pese a alteração da guarda, que poderá ficar adstrita a apenas um genitor, em nenhum momento, em razão da dissolução da sociedade conjugal dos genitores, se extinguiriam as demais atribuições previstas ao poder familiar, persistindo, por exemplo, o dever de criação e educação, e com este, o dever de vigilância. Isso inclusive já restou verificado no tópico anterior.

O próprio art. 1.632 do Código Civil ao mencionar um direito dos pais de terem os filhos em sua companhia, deve ser entendido como um direito à convivência familiar e um dever dos pais de terem os filhos em sua companhia (TARTUCE, 2014b, p. 438).

Há ainda no referido dispositivo (art. 932, inc. I do Código Civil) menção à autoridade, a qual deverá ser analisada a partir da própria convivência do genitor para com o menor de que não possua a guarda.

Englobando os dois requisitos, expõe Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

O CC, ao empregar a expressão sob sua autoridade, parece ter procurado preservar a abrangência da responsabilidade, atingindo também os pais que, embora não detentores da guarda, têm os filhos sob sua autoridade parental. Como no CC 1916, fala-se em companhia, mas o termo deve ser entendido mais no sentido de influência sobre a criança do que uma vigilância concreta e um contato físico permanente com o menor. De qualquer forma, e coerente com a finalidade legislativa que é a proteção integral da vítima, caberá aos pais a prova de uma razão justificadora de por que não tinham os filhos menores sob (sic) sua companhia, para eximir-se da responsabilidade (2006, p. 830).

Ou seja, deste ponto de vista, em que pese apenas um dos genitores detenha a guarda, não seria possível responsabilizá-lo, unicamente, pelo dano causado pelo filho, exclusivamente em razão dessa guarda unilateral.

O próprio § 5º do artigo 1.583 do Código Civil de 2002, é taxativo ao determinar que “a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos [...]”, ou seja, é dever, obrigação do outro

genitor persistir exercendo suas obrigações enquanto pai para com o filho menor (BRASIL, 2016a).

Ainda que, quando o legislador, ao atribuir o termo companhia como necessário à responsabilização dos pais, quisesse se referir unicamente à proximidade habitual do pai detentor da guarda, dispõe Maria Berenice Dias:

[...] nada justifica atribuir exclusiva responsabilidade ao genitor guardião pelos atos praticados pelo filho, pelo simples fato de ele não estar na companhia de outro. Ambos persistem no exercício do poder familiar, e entre os deveres ele decorrente está o de responder pelos atos praticados pelo filho. Conceder interpretação a dispositivo legal, que se encontra fora do livro de direito das famílias, divorciado de tudo que vem sendo construído na busca de prestigiar a paternidade responsável, é incentivar o desfazimento os elos afetivos das relações familiares. Ao depois, a responsabilidade dos pais é objetiva (CC 933), o que confere plena atuação aos princípios da paternidade responsável e do melhor interesse da criança e do adolescente, deixando clara a importância do papel que os pais devem desempenhar no processo de educação e desenvolvimento da personalidade dos menores. Assim, o patrimônio de ambos os genitores, e não só o do guardião, deve responder pelos danos causados pelos filhos (2013, p. 424).

Nos moldes acima expostos, tentando abranger essa responsabilidade de ambos os genitores, há entendimentos de que o guardião do incapaz seria efetivamente o responsável civil por este, entretanto, quando o outro genitor estivesse exercendo seu direito de visitas, este último deveria ser responsabilizado, unicamente, em caso de danos causados neste interregno.

Nesse sentido, dispõe Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

[...] apenas aquele dos pais com quem o menor mantivesse contato direto poderá ser chamado à responsabilidade. Assim, caso o genitor não detivesse a guarda do menor, ficando este, por exemplo, em companhia da mãe, cometido o dano, apenas esta última poderia ser responsabilizada, ficando de fora a figura paterna. Claro está, todavia, que se o evento ocorresse durante o período do direito de visita, o pai poderia ser responsabilizado (2009a, p. 153).

E ainda Carlos Roberto Gonçalves:

[...] se o casal se encontra separado judicialmente, responde pelo ato do filho somente o cônjuge que ficou com sua guarda, pois o outro não em poderes de vigilância sobre o menor. Mas, se o ilícito for praticado durante o período de permanência em companhia do outro cônjuge (nas férias escolares, p.ex.), somente este terá responsabilidade por seus atos (2015b, p.39).

No mesmo vértice, expõe Sérgio Cavalieri Filho que, “no caso dos pais estarem separados, um deles ausente ou interdito, a responsabilidade será daquele (pai ou mãe) que tem o filho sob sua posse e guarda, que exerce sobre ele o poder de direção”. Ainda, aduz que, se de maneira contínua e fora do domicílio o menor é confiado à outrem, à estes cabe a responsabilidade durante aquele período (2014, p. 240).

Todavia, o próprio doutrinador faz uma ressalva quanto à transmissão da responsabilidade do menor:

[...] 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. O simples afastamento do filho da casa paterna, por si só, não elide a responsabilidade dos pais (2014, p. 241).

Ou seja, surge um conflito acerca da responsabilidade do pai que apenas encontra-se com o filho em razão do direito de visitas, perfazendo-se o questionamento de que se possível configurar-se nesse caso, a transferência permanente da responsabilidade única do genitor não detentor da guarda, suficiente a lhe atribuir, exclusivamente, a responsabilidade civil por eventuais danos ocorridos nesse período.

Com um entendimento um pouco diverso, Arnaldo Rizzardo dispõe que a responsabilidade deva-se se dar àquele genitor que exerça a guarda e vigilância do filho. Entretanto, se o menor encontra-se na companhia de apenas um genitor por descaso do outro, por falta de cumprimento dos seus deveres, “aí se mantém a responsabilidade, nada impedindo de conjecturar que o desvio de conduta do filho não aconteceria se assumida a educação, formação e vigilância pelo progenitor faltoso” (2013, p. 107).

Ou seja, não se poderia dar ao genitor que não cumpre com suas obrigações, o benefício de eximir-se de uma responsabilização, pelo contrário, aí sim deveria ser responsabilizado por sua conduta faltosa.

Diante de tantas controvérsias, a V Jornada de Direito Civil, ocorrida em 2011, aprovou o enunciado n. 450, que dispõe:

Art. 932, I. 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 (2012, p. 66).

Tal enunciado traz, portanto, a ideia de uma suposta ação de regresso, posteriormente, quando poderá ser efetivamente analisada eventual culpa exclusiva de um dos genitores, ou seja, uma nova situação, não taxativamente prevista na legislação, todavia, a partir da interpretação de vários dispositivos, seria possível criar-se uma nova solução para o conflito.

Não suficiente, a jurisprudência, a ser melhor exemplificada adiante, traz situações onde, comprovada a culpa exclusiva de um dos genitores no dano causado pelo filho, o outro se eximiria da responsabilidade.

Tal consideração poderia gerar uma afronta ao art. 933 do Código Civil que prevê a responsabilidade objetiva dos pais, ou seja, independente de culpa (BRASIL, 2016a), a qual, conforme já acima destacado, vigora desde o Código de Menores de 1927. É de se considerar que, se quando em sociedade conjugal, não há que se analisar culpa por parte dos genitores, não há razões para quando divorciados, analisar-se tal questão, uma vez que ausente qualquer previsão neste sentido.

Ou seja, no processo visando unicamente a compensação à vítima pelo dano sofrido, há que se discutir ainda outro elemento que não diz respeito ao evento danoso por si.

Todas essas vertentes serão demonstradas abaixo, em situações práticas, as quais a própria jurisprudência tem amplo entendimento e discussão.

Frisa-se que não serão discutidas no presente trabalho situações onde um dos genitores pratica a alienação parental, ou tão somente impossibilita o contato do incapaz com o outro genitor, uma vez que não faz parte do objeto central do trabalho, onde estuda-se a possibilidade de responsabilização através do efetivo e devido cumprimento das obrigações dos pais em relação aos filhos. Em havendo tal alienação, seria também dever do outro genitor, visando os direitos e deveres que lhe são atinentes, a busca pela resolução do conflito a fim de persistir cumprindo com suas obrigações.

4.4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE DETERMINADOS ACÓRDÃOS PROLATADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ENTRE OS ANOS DE

2009 A 2011, ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DE PAIS DIVORCIADOS PELOS ATOS ILÍCITOS COMETIDOS PELOS FILHOS INCAPAZES

No presente tópico, proceder-se-á a análise de acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça que tratam acerca das diversas possibilidades de responsabilidade civil dos genitores divorciados pelos danos causados pelos filhos incapazes.

O primeiro acórdão a ser analisado é o proferido em sede de Recurso Especial n. 777327, oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cuja ementa transcreve-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DE FILHO MENOR - PRESUNÇÃO DE CULPA - LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIEDADE, DO GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA - POSSIBILIDADE - NÃO OCORRÊNCIA IN CASU - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

I - Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano.

II - A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção juris tantum de culpa e de culpa in vigilando, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, § único e 1.521, inciso I do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, § único e 932, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n.

6.515/77, este recepcionado no art. 1.579, do novo Código Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

III - No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de modo irregular e guardada sem qualquer cautela (fls. 625/626).

IV - Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrido, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima.

V - Recurso especial desprovido.

(REsp 777.327/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 01/12/2009) (BRASIL, 2016h).

Em primeiro grau, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, na qualidade de substituto processual, ajuizou demanda indenizatória em face de F.V De O., A.R. De O. E M.H.V., uma vez que o primeiro requerido, à época menor de idade, teria efetuado disparos de arma de fogo contra E.R.N., que culminaram na

morte deste último. Tendo os pais da vítima tido que suportar danos materiais e morais, o requerente, na qualidade de substituto processual dos genitores, pleiteou a reparação dos danos.

Em sede de contestação, o requerido A.R. De O. suscitou sua ilegitimidade passiva, uma vez que o menor estava sob a guarda exclusiva da mãe na data do acontecimento. A sentença prolatada reconheceu a ilegitimidade passiva do requerido, julgando o feito, em relação à ele, extinto sem resolução do mérito.

O Ministério Público apelou da decisão, a qual restou inalterada, neste vértice, ratificando o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a ilegitimidade passiva do genitor não detentor da guarda, com o seguinte fundamento:

Ora, embora a separação e a perda da guarda não sejam causas de extinção do poder-dever familiar, com isso permanecendo a responsabilidade quanto à criação dos filhos, o certo é que a ingerência imediata sobre a educação e os atos do menor compete ao guardião, cabendo-lhe, prioritariamente, todas as decisões nesse sentido (BRASIL, 2016i).

Observa-se que a partir dessa decisão o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul adotou o posicionamento de que, em que pese persistam ambos os genitores no exercício do poder familiar, a responsabilidade de responder eventuais ações em razão de ilícitos praticados pelo filho menor, será tão somente do genitor detentor da guarda, porquanto a responsabilidade conjunta diz respeito à criação do incapaz.

Inconformado com a decisão, o *parquet* interpôs Recurso Especial.

Ao discorrer sobre o caso, o Superior Tribunal de Justiça, em que pese ocorrido o fato em 1994, enquanto na vigência do Código Civil de 1916, fundamentou sua decisão utilizando-se também do Código Civil de 2002, conforme pode ser observado na ementa acima. Acerca da responsabilização, dispôs:

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. A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção *juris tantum* de culpa e de culpa *in vigilando*, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação (BRASIL, 2016h).

Dessa forma, contrariando o TJRS, o Superior Tribunal de Justiça adotou o posicionamento de que ambos os genitores, independentes da relação conjugal, são responsáveis pelos danos causados pelos filhos menores incapazes. Entretanto, apresentou uma nova vertente, como a possibilidade de comprovar a ausência de culpa.

Tal situação contraria o disposto no art. 933 do Código Civil de 2002, que traz a responsabilidade objetiva dos pais pelos filhos menores, já discorrida no primeiro capítulo do presente trabalho, bem como no primeiro tópico deste capítulo, na qual independe a culpa (BRASIL, 2016a).

O fundamento baseou-se no risco assumido pela genitora e guardiã do menor, a qual adquiriu a arma de fogo utilizada no ilícito e a guardou sem a devida cautela, presumindo-se que, se ela não tivesse oportunizado o alcance da arma ao menor, este não teria cometido o delito.

Verifica-se que neste caso não restou ponderado o entendimento apoiado por Arnaldo Rizzardo já supra destacado no tópico anterior, quando aduz que há que se reconhecer que “se assumida a educação, formação e vigilância pelo progenitor faltoso”, talvez o ilícito não viesse a acontecer (2013, p. 107). Ou seja, o mero alcance à arma não seria a única razão a ocasionar o menor praticar o ilícito.

Em julgado mais recente, do ano de 2011, em acórdão proferido no Recurso Especial n. 1.146.665, de origem do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, o STJ ratificou a responsabilidade de ambos os genitores, conforme observa-se:

É certo que, no caso dos autos, a hipótese revela agressividade exagerada do menor, ora recorrido, R., em face do ora recorrente, L., o que está a indicar, em princípio, pelo menos na compreensão desta Relatoria, falta de melhor cuidado de ambos os pais na educação de seu filho, independente de separação legal ou mesmo seu distanciamento na convivência diária, como alegado no presente caso. Todavia, tais circunstâncias, não podem e nem deve excluir a obrigação de educação, assistência moral e intelectual de ambos na formação psicológica, educacional e profissional dos filhos, a teor, inclusive, do estabelecido no art. 229 da Constituição Federal, in verbis: "Art. 229. 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" (BRASIL, 2016j).

Todavia, mais uma vez, determina a participação e legitimidade do genitor não guardião no pólo passivo da demanda a fim de oportunizá-lo comprovar que não agiu com culpa:

Dessa forma, e atendo-se ao que preconizado pela jurisprudência desta Corte Superior - comprovação de ausência de culpa - e para que seja oportunizada ao genitor, que não detém a guarda do filho, sua defesa, em homenagem aos princípios da ampla defesa e do contraditório (ut art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal), é mister que ele participe da lide, no pólo passivo, obtendo, assim, o direito de manifestar-se e, ato contínuo, comprovar ou não, sua culpa na ocorrência do evento danoso (BRASIL, 2016j).

Ou seja, novamente, sem justificativas, afronta-se o previsto no Código Civil quanto à responsabilidade objetiva dos pais pelos filhos menores, o que, no entendimento de Fernando Simão seria um retrocesso à celeridade processual, vejamos:

Com o Código Civil, a discussão da culpa deixou de fazer parte do sistema em razão da objetivação decorrente do art. 933. Reintroduzir sua possibilidade de admissão no processo será, no mínimo, retroceder e dificultar a conclusão do feito, piorando, em muito, a situação da vítima. A culpa dos pais, seja ela in vigilando, seja ela in educando, será matéria a ser debatida entre os co-responsáveis em eventual ação de regresso, mas não caberá na ação a ser proposta pela vítima visando à reparação civil (2006, p. 169, apud SINDEAUX; SILVA; DIÓGENES, 2012, p. 7).

Dessa forma, contrariando esse entendimento, verifica-se que, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, de fato, compreendendo as atribuições atinentes ao poder familiar, o qual não seria modificado em razão do divórcio dos genitores, ambos os pais seriam responsáveis civilmente pelos danos causados pelos filhos. Porém, possibilitada a exclusão da responsabilidade se comprovada, na própria lide indenizatória, a não concorrência de culpa para o evento danoso.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil, por si, traz grandes aspectos de relevância social, quando a imposição da mesma em face de um dano causado tem por base um dever social. Tem-se nessa responsabilização uma forma de reparação, punição, mas também de educação.

No caso específico aqui analisado, verifica-se a existência de diversos aspectos de extrema relevância social, quando inicialmente, tem-se a garantia de uma possível reparação por danos sofridos causados por quem, civilmente, não teria capacidade para ressarcir.

Ainda, foi possível analisar-se a extensão dos direitos e deveres dos pais divorciados para com os filhos em comum e como estes estão social e juridicamente estabelecidos.

Embora amplamente discutível dentro do ordenamento jurídico, verificou-se que a tendência maior é a manutenção de todos os direitos e deveres dos pais para com os filhos, ainda que dissolvida a sociedade conjugal, porquanto o divórcio em nada altera as garantias dos filhos, as quais não se deram com o casamento de seus genitores, mas com seu nascimento e reconhecimento como filho.

Entretanto, a questão está longe de ser pacificada, uma vez que, apesar da tentativa de uniformização do entendimento através de Jornadas de Direito Civil e decisões jurisprudenciais, estas acabaram por apresentar novos e diferentes entre si, aspectos a serem observados.

Frisa-se que a importância do instituto da responsabilidade civil, em primeiro lugar, é garantir à vítima a efetiva reparação do dano, sendo que eventuais discussões, inclusive na própria lide indenizatória, poderiam acabar por eventualmente retardar e ocasionar ainda mais prejuízos para a vítima que já se encontra lesionada.

Ademais, seu objetivo de educar seria totalmente transvertido se punido apenas um genitor, uma vez que estaria se dando um benefício ao pai (ou mãe) que, na maioria das vezes foi desidioso e não cumpriu com suas atribuições do poder familiar, porquanto se o tivesse feito, poderia-se muito mais facilmente ter evitado o dano.

A doutrina, em parte, ao defender tal ideia, parece basear-se tão somente no fato de que a criação do incapaz esteja sendo realizada por apenas pelo genitor

guardião, todavia, tal situação já não é condizente com o previsto na legislação básica do direito de família.

A possibilidade de punição a esse genitor ausente poderá significar um maior empenho de ambos os genitores na formação de seus filhos, para que não cometam o erro de desviar-se por caminhos ilícitos. A influência dos pais é notória no desenvolvimento dos filhos.

Ademais, conforme amplo entendimento doutrinário verificado, a possibilidade de se punir apenas quem estava com o menor, ou deveria estar, no momento do dano causado como, por exemplo, o genitor durante o exercício do direito de visitas, seria ignorar a influência desenvolvida pelo outro genitor que, em que pese possuísse o convívio normal com o menor, naquela ocasião, não se encontrava presente, como se o dano tivesse ocorrido exclusivamente por equívoco do genitor que se encontrava na companhia do menor, como se outros aspectos não fossem relevantes a levar o incapaz a cometer um ato ilícito.

Concluiu-se, assim, que o entendimento predominante é de que a responsabilização dos genitores divorciados deva ser conjunta, nos moldes previstos na própria legislação civil, a fim de evidenciar a importância do poder familiar para o desenvolvimento do incapaz.

Ademais, prezando pelos ideais do instituto da responsabilidade civil e do próprio texto legal que não prevê a culpa como fator determinante à responsabilidade civil dos pais, discuti-la na ação indenizatória talvez não fosse o caminho mais adequado, uma vez que se criaria outra lide, conflituosa certamente, dentro de um objeto totalmente distinto.

O dano ocorreu, há uma vítima e um prejuízo que precisa ser reparado. A legislação prevê o responsável direto, sem exceções neste vértice. Qualquer discussão acerca poderia, eventualmente, ser originada em lide própria, como uma eventual ação de regresso, conforme entendimento consolidado na V Jornada de Direito Civil. Todavia, ainda há muitas discussões a respeito, inclusive jurisprudenciais.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JUNIOR, Ministro Ruy Rosado de. **Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3_4_jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2016.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 06 fev. 2016a.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 06 fev. 2016b.

_____. **Código Civil de 1916**. Lei nº 3071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 10 mai. 2016c.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em 10 mai. 2016d.

_____. **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Lei 13.146 em 06 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 06 jul. 2016e.

_____. **Institui e disciplina a guarda compartilhada**. Lei 11.698 de 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em 06 jul. 2016f.

_____. **Altera o Código Civil para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação**. Lei n. 13.058/2014 de 22 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em 06 jul. 2016g.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 777.327. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Massami Uyeda. Data do Julgamento: 17 nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=6816846&num_registro=200501406707&data=20091201&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 02 ago. 2016h.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível n. 70006639579. Apelante: Ministério Público do Estado de Rio Grande do Sul e

M.H.V. Quinta Câmara de Direito Civil. Relator Desembargador Leo Lima. Data do Julgamento: 11 mar. 2004. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70006639579&num_processo=70006639579&codEmenta=785824&temIntTeor=true>. Acesso em 02 ago. 2016i.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 1.146.665. Recorrente: L.L.B. Relator Ministro Massami Uyeda. Data do Julgamento: 22 nov. 2011.

Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15236692&num_registro=200901225184&data=20111212&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em 02 ago. 2016j.

CASTRO, Leonardo. Precedente perigoso. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1607, 25 nov. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10696>>. Acesso em 26 jul. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões**, v. 5. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 7: responsabilidade civil. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5: direito de família. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 1: teoria geral do direito civil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2010c.

FIUZA, Cezar. **Direito Civil – Curso Completo**. 2 ed. em e-book baseada na 18 ed. impressa rev. atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de responsabilidade civil**, v. 3. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. **Novo curso de direito civil**, v. 1 : parte geral. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família** (Coleção Sinopses Jurídicas, v. 2). 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

_____. **Direito das obrigações, parte especial, tomo II: responsabilidade civil** (Coleção Sinopses Jurídicas, v. 6). 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOGUEIRA, Grasiéla. **Aspectos fundamentais acerca do poder familiar**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8912>. Acesso em 15 ago. 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Direito de Família**. 8. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade Civil do Incapaz**. Editora Atlas: São Paulo, 2006.

SINDEAUX, Ana Carolina Lucena de Freitas; SILVA, Danielle Augusta Lima e; DIÓGENES, Núbia Eliane de Souza. **A responsabilidade civil do genitor não guardião pelos atos dos filhos menores**. *Revista Eletrônica Jurídico-Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte*. Natal/RN, Ano 2, n. 5, jan/mar 2012. Disponível em: <http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicamprn/abrir_artigo.asp?cod=1036>. Acesso em 15 ago. 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil**, v.2: direito das obrigações e responsabilidade civil. 9 ed. São Paulo: Método, 2014a.

_____. **Direito Civil**, v.1: lei de introdução e parte geral. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014b.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOSA, Heloísa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República**. Vol. II (arts. 421 a 965). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Civil: parte geral**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

ZEGER, Ivone. **A diferença entre a guarda e o poder familiar**. *Revista Consultor Jurídico*, outubro de 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-out-27/ivone-zeger-diferenca-entre-guarda-poder-familiar>>. Acesso em 15 ago. 2016.