

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR DANOS CAUSADOS
POR SEUS FILHOS MENORES**

Edenilda Ribeiro dos Santos

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR DANOS CAUSADOS
POR SEUS FILHOS MENORES**

Edenilda Ribeiro dos Santos

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Maurício Ionemoto.

Presidente Prudente / SP
2008

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR DANOS CAUSADOS POR SEUS FILHOS MENORES

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Maurício Kenji Yonemoto
Orientador

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes
Examinadora

Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois Campos
Examinadora

Presidente Prudente, ____ de _____ de 2008.

Tudo aquilo que sou e sempre desejei ser,
devo a meu anjo: MÃE!

Abraham Lincoln

AGRADECIMENTOS

A DEUS, primeiramente, pela família que tenho, pessoas com as quais não só aprendi o significado das palavras amor, carinho, dedicação, mas com quem também intensamente vivi e vivo cada um desses sentimentos.

Ao meu pai e minha mãe, de forma especial por terem sido em minha vida exemplos de honestidade, dignidade e gratidão.

Agradeço por me escutarem, me aconselharem, pelos elogios e incentivos; foi sempre por isso que tive forças para não desistir, pois queria continuar sendo digna da vossa fé.

Aos meus amigos que são a família que DEUS me permitiu escolher. Não tenho dúvidas que, estes, escolhi bem.

Agradeço a DEUS por tudo que tenho: a família maravilhosa, os amigos inesquecíveis e ainda pelos obstáculos que colocou em minha vida durante esta caminhada, que me fizeram acreditar cada vez mais em cada um dos valores que aprendi ao longo da vida.

Ao meu orientador e mestre Mauricio, pelo auxílio e ensinamentos prestados para a conclusão deste trabalho.

Agradeço, de forma especial, ao enorme apoio e incentivo que recebi da querida professora Vera Campos na elaboração deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a responsabilidade dos pais por danos causados pelos filhos menores, partindo de conceitos e princípios gerais da responsabilidade civil por ato ou fato de terceiro. Com o advento do Código Civil de 2002, várias divergências acerca do tema foram dirimidas, tais como: a natureza dessa responsabilidade, as excludentes da culpa, dentre outros. Todavia, por entender que a responsabilidade civil dos pais é objetiva, ainda existem divergências quanto ao fato dos pais responderem por danos causados pelos filhos, mesmo que os filhos não estejam sob sua guarda e vigilância. O objetivo do presente trabalho é demonstrar que a responsabilidade dos pais parte do dever de guarda e vigilância, de forma que, mesmo objetiva, existirá casos em que, para que os pais sejam responsabilizados, deverá ser comprovada a sua culpa.

PALAVRAS CHAVES: Responsabilidade Civil. Responsabilidade Objetiva. Excludentes. Indenização.

ABSTRACT

This present paper aims to analyze the responsibility of parents for damages caused by underage children, beginning with concepts and general principals of civil responsibility for act of fact of a third part. With the Civil Code of 2002, several disagreements about the topic have been approached, such as: the nature of that responsibility, the facts that can exclude guilt, among others. However, for understanding that parents' civil responsibility is objective, there are still disagreements about the fact of parents being responsible for damages caused by their children, even if they are not under their guardianship and surveillance. The objective of this paper is to demonstrate that the responsibility of parents comes from the duty of guarding and surveillance, so that, even objectively, there will be cases in which, for parents to be considered responsible, it will necessary to prove they were guilty.

KEYWORDS: Responsibility. Objective Responsibility. Exclude guilt. Damages

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	10
2.1 Conceito.....	10
2.2 Evolução Histórica.....	11
2.2.1 A responsabilidade civil e os primeiros tempos.....	11
2.2.2 <i>Lex Aquilia</i>	12
2.2.3 Teoria do risco.....	13
2.3 Elementos da Responsabilidade Civil.....	14
2.3.1 Conduta humana.....	14
2.3.2 Nexo causal.....	15
2.3.3 Dano.....	18
2.3.4 Culpa eventual.....	20
2.4 Tipos de Responsabilidade Civil.....	23
2.4.1 Responsabilidade subjetiva.....	23
2.4.2 Responsabilidade objetiva.....	23
2.4.3 Responsabilidade civil e responsabilidade penal.....	24
2.5 Excludentes da Responsabilidade Civil.....	25
2.5.1 Legítima defesa.....	25
2.5.2 Exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal.....	27
2.5.3 Estado de necessidade.....	28
2.5.4 Culpa exclusiva da vítima.....	30
2.5.5 Culpa exclusiva de terceiro.....	30
2.5.6 Caso fortuito e força maior.....	31
2.5.7 Cláusula de não indenizar.....	33
2.6 Breves Considerações sobre a Responsabilidade Civil.....	33
3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS	35
3.1 Responsabilidade Civil por Fato de Outrem.....	35
3.2 Evolução da Responsabilidade Civil dos Pais	36
3.3 A Atual Situação da Responsabilidade dos Pais	37
3.4 Natureza da Responsabilidade dos Pais.....	39
3.5 Causas de Responsabilidade Subjetiva dos Pais	40
3.5.1 Culpa <i>in educando</i> e culpa <i>in eligendo</i>	40
3.6 Responsabilidade dos Tutores e Curadores.....	41
3.7 Causas de Exclusão da Responsabilidade dos Pais.....	42
3.7.1 Emancipação.....	45
4 DA INDENIZAÇÃO CAUSADA PELO DANO	47
4.1 Reparação Material.....	47
4.2 Reparação no Dano Moral.....	47
4.3 Prejuízos Indenizados pelos Pais e Direito de Regresso.....	49
4.4 Liquidação do Dano.....	51
5 CONCLUSÃO	53
BIBLIOGRAFIA	55L

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, com as necessidades do mercado de trabalho, as mães que, na maioria das famílias, eram as principais responsáveis pelo pleno desenvolvimento dos filhos, agora precisam contribuir para o sustento do lar, o que faz que com que se tornem cada vez mais ausentes da convivência com seus filhos.

Dessa forma, essa nova estrutura familiar dificulta o exercício do dever de guarda e vigilância exigido aos pais; sendo assim, com Código Civil de 2002, surge uma nova forma de responsabilização dos pais.

O presente trabalho busca analisar os principais aspectos da responsabilidade civil dos pais, como por exemplo; a natureza dessa responsabilidade, as causas excludentes e outras que serão abordados no decorrer da pesquisa.

A pergunta que deu origem ao tema é se a responsabilidade civil dos pais por danos causados por seus filhos será sempre objetiva, ou seja, independente de culpa?

Este trabalho visa demonstrar quais os limites dessa responsabilidade dentro dessa nova estrutura familiar.

O objetivo do trabalho não é esgotar o tema, dada a sua complexidade; o que se pretende é demonstrar, através da jurisprudência e da doutrina, em quais momentos serão os pais responsáveis pelos danos causados por seus filhos menores.

Inicialmente a autor procura conceituar a responsabilidade civil, de maneira geral; em seguida faz um breve estudo da evolução histórica da responsabilidade civil, englobando a *Lex Aquilia* e a teoria do risco.

Em seguida, ainda sobre a responsabilidade civil como um todo, são abordados os seus elementos, quais sejam: conduta humana, nexo causal e culpa eventual. Nesse mesmo bloco, a autora expõe os tipos de responsabilidade civil, enfocando a responsabilidade subjetiva e objetiva.

Após esse estudo, são pesquisadas as excludentes da responsabilidade civil e, finalmente, são analisadas a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

Só então, a autora passa a estudar pormenorizadamente a responsabilidade civil dos pais, enfocando: a responsabilidade civil por fato de outrem, a natureza da responsabilidade dos pais, as causas da responsabilidade subjetiva dos pais, quais sejam, a *culpa in educando* e a *culpa in eligendo*.

Ainda no tópico 3 do presente trabalho, a autora tece considerações sobre a responsabilidade de tutores e curadores e sobre a emancipação como causa de exclusão da responsabilidade dos pais.

No tópico 4 é abordada a indenização causada pelo dano, a reparação material do dano, os prejuízos sofridos pelos pais por atos de filhos menores e o direito de regresso e, finalmente, a liquidação do dano.

O presente trabalho utilizou o método dedutivo, que consiste na síntese, pois através de um fato geral conhecido, que é a responsabilidade civil, como um todo, posteriormente, passa-se a analisar a responsabilidade civil específica dos pais. Foi utilizado também o método histórico, ao se traçar a evolução da responsabilidade civil.

Os recursos utilizados foram, basicamente, a pesquisa bibliográfica, a pesquisa jurisprudencial e a consulta a alguns sites da internet.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito

Inúmeros são os conceitos encontrados na doutrina; cumpre, antes, definir o significado do termo “responsabilidade” que, dentre outros, corresponde à “obrigação de responder por certos atos próprios ou de outrem” (FERNANDES, LUFT e GUIMARÃES, 1998, p. 35).

Há vários conceitos de responsabilidade civil encontrados em doutrinas como as de Carlos Roberto Gonçalves, Silvio de Salvo Venosa, José de Aguiar Dias

José de Aguiar Dias cita em sua obra, o conceito dado por Marton (apud DIAS, ano, p. 04):

Responsabilidade civil é a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes desta violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estar previstas.

Para o autor supracitado, a responsabilidade ocorre quando alguém viola normas estabelecidas, causando dano a outrem de forma que deverá sofrer as conseqüências impostas pela autoridade responsável pelo cumprimento de tal preceito.

Conforme entende Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 12):

A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as conseqüências de um evento ou ação. Assim, diz-se, por exemplo, que alguém é responsável por outrem, como o capitão pelo barco, o pai pelos seus filhos menores, etc.

O autor entende que a responsabilidade existe quando se atribui ao sujeito a obrigação de assumir as conseqüências causadas por sua conduta lesiva e, em determinadas situações, pela conduta de outrem por quem é responsável.

No entendimento de Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 23): “A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Conforme o autor, com a responsabilidade civil, pretende-se reparar os prejuízos suportados pela vítima em decorrência de uma conduta contrária ao ordenamento jurídico, restabelecendo uma situação de equilíbrio.

As definições citadas, embora não esgotem o tema, sintetizam o que grande parte da doutrina ensina.

Para a autora do presente trabalho, o conceito mais completo é de Sílvio de Salvo Venosa, para quem, não só a pessoa que cometeu o ato lesivo é responsável pelos prejuízos causados, mas também haverá obrigação de reparar o dano quando este for causado por aqueles por quem se é responsável, como, por exemplo, os pais seriam responsabilizados pelos danos causados por seus filhos.

2.2 Evolução Histórica

2.2.1 A responsabilidade civil e os primeiros tempos

Nos primórdios da humanidade não havia noção de culpa, ou seja, não se verificava se no comportamento ou no ato da pessoa havia intenção de causar dano; o individuo reagia de forma instintiva e brutal, não havia limites.

Nessa época o que dominava era a vingança privada, que é uma forma primitiva de reação ao mal, ou seja, a reparação do mal com o mal. Reagir a qualquer mal causado a pessoa ou a sua família é um princípio da natureza humana que resultou na pena de Talião: “olho por olho, dente por dente”.

Caso não houvesse repressão por parte do ordenamento jurídico, o homem de qualquer época reagiria da mesma forma, ou seja, retribuindo o mal com o mal, pois tal anseio inspira-se no sentimento de vingança.

2.2.2 Lex Aquilia

Segundo Cezar Fiúza (2008, p. 02), a *Lex Aquilia* surgiu por volta do final do século III a.C., e seu nome deve-se a um tribuno da plebe de nome Aquilius, que dirigiu uma proposta de lei aos Conselhos da Plebe, visando regulamentar a responsabilidade por atos intrinsecamente ilícitos. Foi votada a proposta e aprovada, tornando-se conhecida pelo nome de *Lex Aquilia*.

Prossegue o autor (FIÚZA, 2008, p. 02) dizendo que:

A Lex Aquilia era na verdade plebiscito, por ter origem nos Conselhos da Plebe. É lei de circunstância, provocada pelos plebeus que, desse modo, se protegiam contra os prejuízos que lhes causavam os patrícios, nos limites de suas terras. Antes da Lei Aquília imperava o regime da Lei das XII Tábuas (450 a.C.), que continha regras isoladas.

Na retribuição do mal com o mal ocorria o que se pode chamar de “duplo dano”, pois, além da pessoa lesada, que sofria prejuízos, aquele que causava o dano, como retribuição, sofria também um dano na mesma ordem daquele que causou.

A *Lex Aquilia* traz a idéia da reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suporte o ônus da reparação. Essa diminuição no patrimônio do causador do dano deveria ocorrer de forma proporcional, isto é, a reparação deveria equivaler, pecuniariamente, ao dano causado.

Com a *Lex Aquilia*, passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente, de forma que, se o agente não tivesse agido com culpa, estaria isento de qualquer responsabilidade. Até então não havia distinção entre responsabilidade civil

e responsabilidade penal, pois a culpa não era tida como um dos fundamentos da responsabilidade.

Entretanto, com a “Lex Aquilia”, do século III a.C., a retribuição do mal pelo mal foi substituída por pena pecuniária. E foi justamente a “Lex Aquilia”, que deu origem à teoria subjetiva ou de responsabilidade subjetiva, adotada pelo Código Civil brasileiro. (FURTADO, 2008, p. 02)

Com o advento da *Lex Aquilia*, a retribuição do mal com mal, que vigorava na Lei de Talião, foi substituída pelo pagamento pecuniário, de forma proporcional, daquele que, com seu ato lesivo, ocasionasse dano a outrem, desde que comprovada a culpa.

2.2.3 Teoria do risco

Na revolução industrial, com o avanço tecnológico, com o surgimento de novos meios de transportes, mudanças nos meios de produção, com a implantação de novas máquinas, houve também um aumento dos perigos à vida e à saúde humana, o que levou a mudanças no entendimento da doutrina e da jurisprudência da época.

Havia uma dificuldade maior em comprovar a culpa do autor do ato ilícito, em consequência do uso de máquinas, de maneira que algumas atividades passaram, então, a ser consideradas perigosas por sua natureza ou por determinação legal.

Surge, então, um novo fundamento da responsabilidade civil - o risco - o dever de reparar o dano, não somente em razão da culpa, mas também do risco. Maria Helena Diniz (2003, p. 68), explica a teoria do risco da seguinte forma:

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. Baseia-se no princípio do *ubi emolumentum, ibi ius* (ou *ibi ônus*), isto é, a pessoa que se aproveitar dos riscos ocasionados deverá arcar com suas consequências.

Como se nota, para a autora citada, o agente, no exercício de uma atividade que possa exercer algum perigo, assume o risco de ter que reparar os danos que venham a resultar a terceiros.

De acordo com a teoria do risco, a responsabilidade seria encarada sob o aspecto objetivo, ou seja, independente da comprovação de culpa, a vítima não teria que provar nada mais além do fato danoso e do nexo causal.

Como se verificará mais adiante, houve uma ampliação da teoria do risco, gerando outras hipóteses de responsabilidade civil objetiva, como o objeto de discussão do presente trabalho, qual seja, a responsabilidade civil dos pais por danos causados por seus filhos.

2.3 Elementos da Responsabilidade Civil

Os elementos da responsabilidade civil são os pressupostos, ou seja, aquilo que deve existir para que seja caracterizada a responsabilidade.

Na doutrina é pacífico que os pressupostos necessários para que a haja responsabilidade quando causado um dano são:

- a) na responsabilidade subjetiva: a conduta, o nexo causal, o dano e a culpa;
- b) na responsabilidade objetiva: a conduta, o nexo causal e o dano;

Nota-se que a responsabilidade objetiva independe de culpa, não importando como o agente tenha agido, ou seja, com ou sem culpa. Se o agente causa um dano é obrigado a reparar.

2.3.1 Conduta humana

Conduta é a maneira de proceder, de agir. A conduta, como pressuposto da responsabilidade civil, é aquela que contraria o ordenamento jurídico proporcionando dano patrimonial ou extrapatrimonial em desfavor da vítima.

A conduta do autor do dano pode ser positiva ou negativa, respectivamente comissiva e omissiva. A conduta comissiva é mais fácil de identificar, já que se trata de uma ação e toda ação leva a uma responsabilização.

Não se pode dizer que o mesmo ocorre na conduta omissiva, pois, em relação a esse tipo de conduta, somente irá gerar responsabilidade aquela decorrente de um dever legal ou profissional. Pode-se citar como exemplo um acidente de trânsito onde o causador do dano deixa de prestar socorro (determinação legal) à vítima, ou, ainda, no mesmo exemplo, o médico que também deixa de prestar socorro (dever profissional).

Ainda em relação à conduta, a responsabilidade pode ser direta ou indireta.

Ocorrerá a responsabilidade direta quando o agente responder por aquilo que causou; é o que determina o artigo 186 do Código Civil: “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.”

Quando o agente não causou o dano, mas conforme determinação legal deverá ressarcir, pois é responsável pelo agente causador, dá-se a responsabilidade indireta. De acordo com o artigo 932¹ do Código Civil, exemplos desse tipo de responsabilidade são: a dos pais, responsáveis pelos atos praticados por seus filhos e a dos patrões por seus empregados.

2.3.2 Nexo causal

O nexu causal é um dos elementos indispensáveis para a caracterização da responsabilidade civil. É o elo de ligação entre a conduta e o

¹ 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.

dano; para que exista a responsabilidade é necessário que a conduta seja causa do efeito dano.

Nos ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa (2002, p.36), o nexos causal é: "...o liame que une a conduta do agente ao dano.É por meio do exame da relação causal que concluimos quem foi o causador do dano.Trata-se de elemento indispensável."

A respeito do nexos causal existem algumas teorias que ajudam a entender sua importância para a caracterização da responsabilidade, como se verá adiante.

A primeira delas é a teoria da equivalência das condições, também denominada de *conditio sine qua non*. Tudo o que concorre para o resultado final é causa, ou seja, excluindo-se o fato ou elemento do contexto, o dano não se verificaria. Caso tal teoria fosse aplicada para apuração da responsabilidade civil, causaria o "efeito cascata", onde a responsabilidade seria interminável. Exemplo citado por Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.83):

[...] na hipótese de um homicídio, poderia fazer-se estender, segundo tal teoria a responsabilidade ao fabricante da arma com a qual o dano se perpetrou; ou talvez se tivesse de responsabilizar ,também como participe do adultério, o marceneiro que fez a cama na qual se deitou o casal amoroso.

A segunda teoria recebe o nome de "teoria da causalidade adequada". Para essa teoria, o fato que originou o dano era, não só necessário, mas também adequado a lhe dar causa. Considera-se como causa apenas aquela que foi mais determinante, sendo irrelevantes as demais.

Nessa teoria, a dificuldade está em estabelecer entre as várias causas a mais adequada.

No entendimento de Sérgio Cavalieri Filho (2008, p.48): "Causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento."

O autor supracitado entende que não há uma regra teórica que determine qual a causa mais adequada, mas deverá ser analisado cada caso concreto, considerando-se a realidade fática.

Dentre as teorias mencionadas, a que predomina no Direito Civil Brasileiro é a da causalidade adequada, pois, na responsabilidade civil nem todas as condições que concorrem para o resultado se equivalem, mas somente aquela que teve interferência decisiva.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho cita em sua obra a lição do eminente Des. Martinho Garcez Neto (apud CAVALLIERI FILHO, 2008, p.49):

A teoria dominante na atualidade é a da causa adequada, segundo a qual nem todas as condições necessárias de um resultado são equivalentes: só o são, é certo e concreto, isto é, considerando-se o caso particular, não, porém em geral ou em abstrato, que é como se deve plantar o problema.

O autor entende que, na responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado se equivalem, mas somente aquela que teve interferência decisiva no caso concreto.

2.3.3 Dano

O dano é elemento essencial da responsabilidade civil; não há que se falar em indenização se não houver dano.

O dano é qualquer afetação à esfera de interesses patrimoniais ou não patrimoniais da vítima.

Não se pode dizer que o dever foi violado se o comportamento devido não foi possível; dessa forma o nexo de causalidade se rompe quando presente uma das excludentes de responsabilidade civil, que são: caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro; que serão abordadas mais adiante.

Agostinho Alvim (apud GONÇALVES, 2003, p. 529) ensina que:

Dano em sentido amplo vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável.

O autor entende que o dano não é somente uma diminuição no patrimônio da vítima, mas sim uma diminuição de um bem jurídico, de forma que abrange não somente o patrimônio, mas também a saúde, a vida, a honra, bens suscetíveis de proteção pelo direito.

O dano divide-se em patrimonial e moral; o dano patrimonial é aquele que tem valoração econômica, onde a vítima sofre um prejuízo material

O dano material é de fácil verificação, uma vez que segue uma lógica matemática, pois há uma diminuição pecuniária no patrimônio da vítima.

Já, o dano moral, é mais complexo, uma vez que não afeta o patrimônio do ofendido. Porém, somente afirmar que dano moral é todo aquele que não é patrimonial não é suficiente para caracterizar a responsabilidade.

O dano moral deve ser analisado dentro da ótica constitucional. A Constituição de 1988 traz em seu texto normas que tutelam os mais diversos valores humanos, como o direito à dignidade e os direitos da personalidade.

Os bens que integram a dignidade e a personalidade constituem valores distintos dos bens patrimoniais; a agressão a esses bens resulta em danos morais.

O dano material subdivide-se em dano emergente e lucro cessante. O Código Civil, em seu artigo 402², define o dano emergente como sendo aquilo que a vítima efetivamente perdeu.

A mensuração do dano emergente não enseja maiores dificuldades uma vez que se trata de simples diminuição no patrimônio da vítima. Assim, o dano emergente será quantificado pela diferença entre o valor do bem jurídico que se tinha antes e depois do ato ilícito.

² Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

O lucro cessante trata-se do que o indivíduo deixou de ganhar em razão da conduta lesiva. Para o cálculo do lucro cessante deve se levar em consideração os elementos objetivos, excluindo-se as meras possibilidades e conjecturas. Deve ser analisado com base naquilo que vinha ocorrendo anteriormente, não se confundindo com o dano meramente hipotético.

Já a avaliação do dano moral encontra maiores dificuldades, uma vez que afeta sentimentos e a esses não é possível atribuir um valor meramente econômico. Importante ressaltar que não é qualquer dissabor que deverá ser indenizado; analisa-se o dano moral pelo critério objetivo do homem médio, não se levando em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, nem tão pouco o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade.

O dano material concretiza-se quando o patrimônio da vítima sofre uma perda ou deterioração; por outro lado, o dano moral, por se tratar de dano imaterial é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apenas ser compensado com obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais de caráter satisfativo do que indenizatório.

O caráter satisfativo da indenização é no sentido de compensação; como não é possível voltar ao estado anterior, faz-se uma compensação de sentimentos, indenizando-se a vítima do dano moral.

A indenização deve ser calculada de forma proporcional, ou seja, deve estar vinculada à gravidade da ofensa, não podendo ser alta demais para que não ocorra enriquecimento ilícito, pois a vítima não pode ficar em situação econômica melhor do que aquela que se encontrava anteriormente ao ato delituoso, nem tampouco de valor ínfimo que leve o causador a praticar o ato lesivo novamente.

A legitimidade para pleitear o dano moral é da própria vítima, isto é, aquela que sofreu o dano direto. No entanto, existem casos em que a indenização poderá ser pleiteada por terceiros. Exemplo disso é o caso de morte por acidente, que afeta pessoas próximas (pais, filhos, cônjuges) da vítima. Essas pessoas poderão pedir indenização. As demais pessoas afetadas (companheiros, namorados, por exemplo), parentes ou não, deverão provar o dano moral sofrido em virtude dos fatos ocorridos.

Dessa forma, o dano divide-se em dano patrimonial e dano moral; o dano patrimonial é aquele que tem valoração econômica, através do qual a vítima sofre um prejuízo material

Já o dano moral é aquele que não afeta o patrimônio do ofendido, mas atinge bens imateriais, como a honra, a saúde, a vida.

O dano moral está previsto na Constituição Federal, no art. 5º, inciso V, que dispõe: “V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;” (original não grifado).

Também no inciso X da Magna Carta, o dano moral aparece de duas formas: os bens passíveis de dano moral, quando o legislador diz que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, numa clara referência aos direitos passíveis de sofrer o dano moral e, também, quando, complementando o dito inciso, diz que é “[...] assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”.

Assim sendo, entende-se que não somente os danos patrimoniais são passíveis de indenização, mas, também os danos ocasionados aos valores intrínsecos das pessoas.

2.3.4 Culpa eventual

A culpa é uma conduta involuntária que provoca um resultado contrário ao direito.

A culpa tratada no Código Civil é a culpa em sentido amplo, englobando tanto o dolo quanto a culpa *strictu sensu*.

Para que se caracterize a culpa é necessária a presença de dois elementos: a previsibilidade e a inevitabilidade

Previsibilidade significa que, avaliando melhor determinada situação antes de concretizar a conduta, seria possível prever o resultado. O exemplo citado

por alguns doutrinadores³ é a pessoa que, numa caçada, dá um tiro em um animal e acaba acertando outro caçador; quer dizer, se a pessoa que atirou tivesse avaliado melhor, era previsível que pudesse acertar outro caçador. Da mesma forma, ninguém pode ser responsabilizado por fato imprevisível, como por exemplo, um raio que caia durante a caçada, porque, na realidade, não lhe deu causa.

Por evitabilidade entende-se que o resultado danoso previsto poderia ter sido evitado. Inexistindo tais elementos não há que se falar em culpa.

Diz-se que a culpa é eventual, pois não é elemento necessário da responsabilidade objetiva já que essa independe de culpa.

Entretanto, a culpa, na responsabilidade civil subjetiva, é elemento indispensável.

A culpa divide-se em culpa *lato sensu*, que compreende o dolo como a violação intencional do dever jurídico, e a culpa *stricto sensu*, caracterizada pela imperícia, pela imprudência ou pela negligência, sem qualquer intenção de violar um direito.

A culpa *stricto sensu* divide-se ainda em: grave, leve e levíssima.

Culpa grave é aquela conduta que a pessoa normal não praticaria; ocorre quando há na conduta descuido injustificável ao homem normal.

Ocorrerá a culpa leve quando o dano puder ser evitado com atenção ordinária; é aquela que a pessoa normal está sujeita a cometer.

Já a culpa levíssima é aquela que somente um indivíduo com qualidades especiais poderia ter evitado.

Diferentemente da responsabilidade penal, onde somente será responsabilizado aquele que agir com dolo ou culpa grave, a responsabilidade civil não faz distinção entre os graus de culpa para efeitos de indenização.

O Código Civil, no parágrafo único do artigo 944⁴, autoriza o juiz a decidir por equidade, levando em consideração os graus de culpa. Se o agente agiu

³ Anotações de aula de Direito Civil nas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”.

⁴ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

com culpa leve ou levíssima, causando grande prejuízo a vítima, o magistrado poderá reduzir o valor da indenização ao patamar que achar mais justo.

Entretanto, existem outras situações em que o grau da culpa irá interferir no montante indenizável ou mesmo na própria responsabilidade civil, ou seja, na existência ou inexistência da responsabilidade.

São as situações de culpa concorrente e/ou culpa conjunta.

Ocorrerá a culpa concorrente quando, para o efeito danoso, concorre tanto o agente causador quanto a própria vítima.

Um exemplo de culpa concorrente é quando um indivíduo coloca a mão dentro das grades de um portão para apanhar uma flor no jardim e nesse momento um cachorro o ataca, mordendo sua mão.

No caso supracitado estão errados tanto a vítima como o dono do cachorro. Desse modo, a indenização deverá ser dividida entre as partes, proporcionalmente à intervenção culposa de cada um.

Culpa conjunta é aquela onde existe mais de um agente causador do dano, responderão solidariamente perante a vítima.

A vítima poderá responsabilizar qualquer um dos ofensores na integralidade. Aquele que pagar poderá regressar contra o outro, dividindo o valor da indenização de acordo com o grau de culpa de cada um.

É mister esclarecer que só existe culpa em relação aquele que é imputável. É necessário que o infrator tenha conhecimento de seu ato, agindo com dolo, se de maneira intencional procurar lesar outrem, ou com culpa, se consciente dos prejuízos que possam advir de seu ato, assumir o risco de provocar efeito danoso.

2.4 Tipos de Responsabilidade Civil

2.4.1 Responsabilidade subjetiva

A culpa é o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva, de forma que o indivíduo será reprovado ou censurado quando diante da situação fática, se entender que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente.

Em regra, não havendo culpa, não haverá qualquer tipo de responsabilidade. A vítima deverá provar o dolo ou a culpa do agente ofensor para que obtenha a reparação.

2.4.2 Responsabilidade objetiva

A revolução industrial, o avanço tecnológico e o surgimento de máquinas que substituem as tarefas humanas, bem como o crescimento populacional, geraram novas situações que não poderiam mais ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.

De acordo com a concepção clássica existiria a responsabilidade se comprovada a culpa, o que nem sempre é possível nessa nova sociedade, pois existem determinadas atividades que, por si só, geram riscos.

Surge na Europa, em países como a Bélgica, a Itália e a França, importantes trabalhos sustentando a responsabilidade objetiva, sem culpa imediata, baseada na chamada “teoria do risco”.

Aquele que exerce atividades de risco, por ter o dever de cautela para que de sua atividade não resulte prejuízo, terá obrigação ressarcitória pelo simples implemento do nexo causal entre sua atividade e um possível dano causado.

O Brasil acabou adotando essa nova concepção de responsabilidade, o que se evidencia no Código Civil, parágrafo único do art. 927⁵, art. 931⁶ e outros dispositivos.

2.4.3 Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal

A responsabilidade, de forma geral, funda-se, em regra, no ato ilícito. Porém, não há como dispensar o mesmo tratamento à responsabilidade civil e à responsabilidade penal.

Na responsabilidade civil, a norma violada é de direito privado, que visa tutelar o interesse de particular, ao passo que, na responsabilidade penal, a norma violada é de direito público, que interessa mais diretamente à sociedade do que ao indivíduo lesado ou ofendido.

É possível que, pela sua gravidade e por suas conseqüências, um ato ilícito reflita tanto na esfera cível, quanto na esfera penal. Diante dessa situação, o delinqüente sofrerá sanção penal prevista em lei e, à vítima, caberá o direito de ser indenizada pelos prejuízos causados em função do mesmo comportamento.

A culpabilidade também implica distinção entre a responsabilidade civil e penal.

Na esfera cível, a culpa ainda que levíssima, obriga a indenizar; no entanto, para que o réu seja condenado na esfera criminal, se exige que a culpa tenha certo grau ou intensidade, não sendo punida a culpa levíssima.

Dentre as inúmeras distinções entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, a mais importante para o tema do presente trabalho é a imputabilidade, um dos pressupostos do ato ilícito.

⁵ 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.

⁶ Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Existem casos que alguém é tido como irresponsável criminalmente por ser portador de doença mental ou ter desenvolvimento mental incompleto (como as crianças) ou retardado (como os deficientes mentais); o mesmo não acontece civilmente, pois a responsabilidade, no caso do ato ser praticado por uma pessoa nessas condições, caberá à pessoa que detém a sua guarda, como os pais, o tutor, o curador.

2.5 Excludentes da Responsabilidade Civil

Excludentes são situações cujas conseqüências atenuam ou extinguem o dever de ressarcir, justamente por quebrar ou enfraquecer o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Desaparecido o nexo causal, não há mais que se falar em obrigação de reparar o dano.

São excludentes da responsabilidade civil: a legítima defesa, o estado de necessidade, o exercício regular de direito e o estrito cumprimento de dever legal. Apresentam estreita relação com a matéria tratada no presente trabalho as excludentes culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior e a cláusula de não indenizar, que serão vistos mais minuciosamente nos tópicos adiante.

2.5.1 Legítima defesa

A definição de legítima defesa na esfera cível é a mesma dada pelo Direito Penal (art. 25 do Código Penal Brasileiro): “Art. 25 - Entende-se por legítima defesa quem usando moderadamente dos meios necessários, repele, injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

Pode-se extrair dessa definição legal que a legítima defesa será considerada como excludente da responsabilidade se estiver enquadrada no que diz o artigo supracitado, portanto extingue a obrigação de reparar o dano causado ao próprio agressor.

Porém, o indivíduo que, ao agir em legítima defesa com excesso dos meios necessários para defender-se, causar dano a terceiro, ficará obrigado a indenizá-lo.

Conforme acentua Carlos Roberto Gonçalves (2003, p.713): “Se o agente por erro na pontaria (*aberratio ictus*), atingir a um terceiro, ficará obrigado a indenizar os danos causados a este.”

Sobre a legítima defesa putativa, que é aquela derivada de erro sobre as circunstâncias do fato, essa não afasta o dever de indenizar, já que exclui somente a culpabilidade, não afastando o caráter ilícito do fato.

Ainda no tocante à legítima defesa, importante ressaltar que na esfera cível, o excesso, a extrapolação nos meios empregados, por imprudência, ou negligência, configura a situação do art. 186⁷ do Código Civil, ficando o agente obrigado a reparar o dano.

2.5.2 Exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal

Não são passíveis de indenização os atos praticados no exercício regular do direito. Porém, o legislador, no art.187⁸ do Código Civil, regulamentou determinando que o excesso deva ser punido; o exercício regular do direito somente será tido como causa excludente quando exercido dentro dos limites da razoabilidade.

⁷ **Art. 188.** Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Caso o dano seja causado no cumprimento de um dever legal, não será também indenizado, pois segue a mesma lógica do exercício regular de direito.

Nesse sentido acentua Frederico Marques (2001, p.295):

[...] o próprio cumprimento de dever legal, não explicito no art.160[do CC/1916;188 do atual], nele está contido, porquanto atua no exercício regular de um direito reconhecido aquele que pratica um ato "no estrito cumprimento de um dever legal.

O agente ofensor é exonerado da responsabilidade dos danos causados, pois está cumprindo uma obrigação que a lei lhe impõe.

A vítima, muitas vezes, conseguirá indenização quando o dano que sofreu foi causado por agente do Estado no cumprimento da sua função, visto que a Constituição Federal adota a responsabilidade objetiva do Estado (art.37, §6^o CF).

O Estado não terá ação regressiva contra o funcionário, pois este somente responderá quando agir com culpa ou dolo.

No tocante ao exercício regular do direito, há a discussão quanto às ofendículas, que são aparelhos colocados para prevenir assaltos, como cerca elétrica, alarme, etc. Há autores que acreditam que as ofendículas caracterizariam legítima defesa, visto que os aparelhos somente funcionarão no momento necessário e na proporção do bem protegido.

Já para o consagrado doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2004, p.83), a ofendícula é um instituto de natureza híbrida, conforme ensina:

Na verdade, acreditamos que a decisão de instalar ofendículos constitui exercício regular do direito, isto é, o exercício do direito de auto proteger-se. No entanto, quando reage ao ataque esperado, inegavelmente constitui legítima defesa preordenada.

Para o autor, a natureza da ofendícula dependerá do caso concreto. Em um primeiro momento aproxima-se do exercício regular de direito, pois visa a

⁹ Art. 37.....

§ 6^o As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

proteção de um bem, mas, se diante da situação fática, a ofendícula for acionada, caracterizará legítima defesa.

Porém, outros doutrinadores entendem de maneira diversa, Mirabete (2003, p.52) entende que os ofendículos são:

[...] aparelhos predispostos para a defesa da propriedade (arame farpado, cacos de vidro em muros, etc.) visíveis e os que estão equiparados aos 'meios mecânicos' ocultos (eletrificação de fios, maçanetas, portas, etc.). Trata-se para nós de exercício regular de direito.

A autora do presente trabalho entende que a ofendícula caracteriza exercício regular de direito, pois atua como mecanismo para garantir a proteção da propriedade, que é um direito assegurado constitucionalmente.

Entretanto, para serem reconhecidas como exercício regular de direito, as ofendículas deverão respeitar a proporcionalidade com o bem protegido. Por exemplo, não poderá o proprietário, visando proteger sua propriedade, instalar cacos de vidro em toda a parte externa, na calçada, pois tal comportamento configuraria abuso de direito. E o exercício regular do direito limita-se necessariamente ao lugar onde começa o abuso de direito.

2.5.3 Estado de necessidade

Dispõe o art.188, II, do Código Civil que age em estado de necessidade “aquele que, a fim de remover perigo eminente deteriora ou destrói coisa alheia ou ainda cause lesão à pessoa”; entretanto, o parágrafo único completa que caracterizará estado de necessidade desde que as circunstâncias tornem o ato absolutamente necessário e os meios sejam suficientes para remover o perigo.

Embora a lei declare que o ato praticado em estado de necessidade não é ato ilícito, não afasta a obrigação de reparar por parte de quem causou o dano, conforme disposição dos art.929¹⁰ e 930¹¹ do Código Civil.

A lei considera o estado de necessidade como excludente quando o dono da coisa ofendida for o culpado pelo perigo. Exemplo seria quando o motorista, para não atropelar um pedestre atira o seu veículo contra o carro desse mesmo pedestre; nesse caso, não faz sentido a indenização, já que foi a própria vítima quem causou o dano.

Caso a vítima seja inocente, não há lógica que o prejuízo recaia sobre ela. Entretanto, a doutrina de Wilson Melo da Silva (apud GONÇALVES, 2003, p. 709) entende que, assim como não é razoável que a vítima inocente fique desamparada, também não é razoável que o autor do dano, que não chegou a tal situação por vontade própria, venha a arcar com a totalidade dos prejuízos. Para o autor essa situação desestimula os atos de heroísmo.

Carlos Roberto Gonçalves (2003, p. 710), aponta como forma de solução a fixação de uma indenização pelo juiz:

Sem dúvida, melhor ficaria se fosse permitido ao juiz, por arbitramento, fixar uma indenização moderada, e não aquela indenização do prejuízo que sofreu o lesado, tal como consta o do art.929 do Código Civil, que pode conduzir a injustiças.

Para o autor seria essa a melhor solução: uma indenização por uma responsabilidade limitada que seria possível apenas por arbitramento do juiz.

Diante do que foi exposto, nota-se que, no estado de necessidade, a indenização ainda causa divergência entre os doutrinadores.

¹⁰ **Art. 929.** Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

¹¹ **Art. 930.** No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

2.5.4 Culpa exclusiva da vítima

Nos casos de culpa exclusiva da vítima, exclui-se qualquer tipo de responsabilidade do causador do dano, uma vez que esse foi apenas um instrumento do acidente.

A culpa exclusiva induz à quebra do nexo de causalidade, elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade civil.

Nesse sentido, Ruy Stoco (2004, p. 177) lembra os ensinamentos de Aguiar Dias: “a conduta da vítima como fato gerador do dano elimina a causalidade”

Exemplo de culpa exclusiva da vítima seria quando a vítima embriagada é atropelada ao atravessar uma estrada com trânsito de alta velocidade; nesse caso não há outro responsável pelo acidente senão a própria vítima; não há relação de causa e efeito entre o ato do motorista e o falecimento da vítima.

É necessário observar que a causa excludente da responsabilidade é a culpa exclusiva da vítima, presentes resquícios de culpa do agente, ou seja, que a sua conduta tenha interferido para o resultado final com culpa, estaríamos diante de culpa concorrente.

A culpa concorrente não exclui a responsabilidade, visto que a indenização é dividida entre o causador do dano e a vítima, podendo as frações ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa.

Logo, se o efeito danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, inexistirá também o dever de indenizar.

2.5.5 Culpa exclusiva de terceiro

O ato de terceiro como causa excludente da responsabilidade, ocorre quando se puder estabelecer que o terceiro seja o causador do dano; é assim como

no caso fortuito ou na força maior, pautado dentro do campo do imprevisível e do inevitável

Deverá o agente figurar apenas como instrumento, visto que na responsabilidade civil predomina o princípio da obrigatoriedade do causador direto em reparar o dano.

Não há, na legislação codificada, regulamentação expressa referente ao tema. Destarte a doutrina e a jurisprudência, tentam elucidar o referido tema.

Registra Ruy Stoco (2004,p.184): “E, pra que se possa afirmar que o fato de terceiro constitui causa estranha e atenua como excludente de responsabilidade, o comportamento do terceiro causador do dano deve ser inevitável e imprevisto.”

No julgado abaixo, do TJ de São Paulo, o fato de terceiro, como excludente da responsabilidade, é comparado ao caso fortuito e à força maior:

Responsabilidade civil- transporte Rodoviário-Seguro-Regressiva-Roubo das mercadorias transportadas - Caso fortuito e de força maior – Fato de terceiro, excludente da responsabilidade do transportador.-Improcedência da ação mantida- Recurso improvido. (TJSP-Ap.Cível 993.085-0,10-11-2005,18ª Câmara de Direito Privado-Rel. Rubens Cury).

A doutrina e a jurisprudência entendem que a exclusão da responsabilidade se dará porque o fato de terceiro se reveste de características semelhantes às do caso fortuito e da força maior, ou seja, permeiam dentro do campo da imprevisibilidade e da inevitabilidade. Presentes tais características inexistirá o dever de indenizar.

2.5.6 Caso fortuito e força maior

Caso fortuito e força maior são temas que trazem certa divergência na doutrina. Parte da doutrina entende que caso fortuito decorreria de forças da natureza, tais como terremotos, inundação, incêndios não provocados; por outro

lado, força maior decorreria de atos humanos, como guerras, revoluções, greves, determinações de autoridades (fato do príncipe), roubo.

Porém outra corrente doutrinária entende que tais institutos devem ser definidos de maneira inversa, e, ainda, há os que entendem que são expressões sinônimas, sendo assim, inútil distingui-las.

Para a responsabilidade civil, tal distinção não tem relevância, já que juridicamente os efeitos de ambas serão sempre os mesmos.

A discussão mais relevante concernente ao tema é se o caso fortuito ou a força maior quebraria o nexo de causalidade, uma vez que a origem do dano seria a conduta do agente, ou se tais institutos quebrariam o nexo de culpabilidade.

Nos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2003, p. 105), caso fortuito e força maior são excludentes da culpabilidade: “[...] por força maior ou por caso fortuito (CC,art.393), cessando, então, a responsabilidade, porque esses fatos eliminam a culpabilidade, ante sua inevitabilidade.”

A autora entende que o caso fortuito e a força maior excluem a culpabilidade porque, para a caracterização da culpa, é necessário que o fato seja evitável e previsível, assim não estando presentes tais critérios, inexistira a culpa.

No entanto, há aqueles que defendam que o caso fortuito e a força maior excluem o nexo de causalidade porque constituem causas estranhas à conduta do aparente agente, ensejadora direta do evento.

Tal distinção é importante porque, se o caso fortuito e a força maior forem entendidos como excludentes do nexo de causalidade, excluiriam a responsabilidade de forma geral; mas, se forem entendidos como excludentes da culpabilidade, somente excluiriam a responsabilidade quando houvesse responsabilidade subjetiva, uma vez que a culpa não é elemento da responsabilidade objetiva.

Diante do exposto, importante ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro consagra em termos gerais a exclusão da responsabilidade quando o dano resulta de caso fortuito ou força maior.

2.5.7 Cláusula de não indenizar

Cláusula de não indenizar é aquela através da qual uma das partes contraentes declara que não será responsável por danos emergentes do contrato, seu inadimplemento total ou parcial; é uma exoneração convencional do dever de reparar o dano.

A cláusula de não indenizar nada mais é do que uma cláusula contratual, e como tal deve respeitar os requisitos exigidos para a validade do contrato. Deve ser pactuada livremente, de boa-fé, e não pode ser contrária à ordem legal, além de que deve estar afastada de matéria delitual.

A doutrina entende que, por se tratar de excludente de responsabilidade, a cláusula de não indenizar deverá ser admitida com restrições: deve ser livremente pactuada, não podendo, então, constar nos contratos de adesão; não pode excluir a obrigação principal do contrato, mas apenas elementos de cumprimento das obrigações em geral, bem como não poderá afastar o devedor da responsabilidade por dolo.

2.6 Breves Considerações sobre a Responsabilidade Civil

Existirá a responsabilidade quando alguém, com a sua conduta, causar prejuízo a outrem,,ficando obrigado a reparar os danos.

A responsabilidade civil tem sofrido inúmeras modificações para adequar-se aos novos conceitos de sociedade que vêm surgindo ao longo da história da humanidade.

Nos primórdios da humanidade, a responsabilidade baseava-se na vingança, retribuía-se o mal com o mal. Exemplo típico é o Código de Hamurabi, onde a máxima era “olho por olho, dente por dente”.

Com advento da *Lex Aquilia*, que é uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, ou seja, a diminuição do patrimônio na sua devida proporção afasta da responsabilidade a idéia do duplo dano, pois, com a retribuição, além da vítima, também o autor da ofensa sofreria um dano.

Com as constantes evoluções da sociedade, tornou-se necessário criar novos tipos de responsabilidade.

A responsabilidade civil foi então dividida em subjetiva, que é composta por quatro elementos, a saber: conduta, nexos causal, dano e culpa; e a responsabilidade objetiva, que é aquela que não exige o elemento culpa, ou seja, para que exista o dever de reparar o dano, basta comprovar o nexos de causalidade entre a conduta e o dano.

Com essas novas formas de responsabilidade, surgem também as excludentes: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, que são causas que, se presentes, excluem a responsabilidade do agente, isentando-o da responsabilidade de indenizar.

E, por fim, a importância em distinguir a responsabilidade civil da responsabilidade penal, em especial no que se refere ao tema do presente trabalho.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS

3.1 Responsabilidade Civil por Fato de Outrem

Na responsabilidade civil, a regra é a responsabilidade direta, ou seja, o causador do dano responderá por seus próprios atos.

Entretanto, de forma excepcional, nas hipóteses previstas no art. 932¹² do Código Civil, poderá uma pessoa vir a responder pelo fato de outrem; haverá, então, a responsabilidade indireta ou responsabilidade por fato de outrem.

Para que se possa responsabilizar alguém por ato que não concorreu diretamente, é necessário que esse alguém tenha algum vínculo jurídico com o causador do ato ilícito, visto que a regra no ordenamento brasileiro é a responsabilidade direta; a responsabilidade indireta ocorrerá por atribuição jurídica.

Responsabilizar alguém por dano que outrem causou não implica em dizer que o indivíduo irá responder por fato alheio, mas, sim, por fato próprio, já que houve infração a algum dever determinado por lei.

Nesse sentido, o ilustre doutrinador José de Aguiar Dias (2006, p. 742), ensina: “Aliás, adiantam, na realidade a responsabilidade por fato de outrem é responsabilidade por fato próprio, porque as pessoas que respondem a esse título terão sempre contribuído para o fato danoso.”

Dessa forma, conforme será tratado adiante, os pais responderão por atos dos seus filhos por não cumprirem com o seu dever de vigilância e guarda, ou, ainda, por defeito na educação.

¹² 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.

3.2 Evolução da Responsabilidade Civil dos Pais

A sociedade, ao longo da história, vem sofrendo constantes modificações culturais e econômicas.

Como tratado neste trabalho, as constantes modificações culturais e econômicas sofridas pela sociedade também refletem diretamente na instituição familiar.

No Código de 1916, os arts. 1521 e 1523, estabeleciam que os pais só fossem responsáveis pelos filhos menores que estivessem em seu poder e companhia e, ainda, que caberia à vítima fazer prova da culpa.

Surge, em 1927, o Código de Menores Mello Mattos (Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927), que revogou os dispositivos supracitados do Código Civil de 1916, suprimindo a necessidade de comprovação da culpa dos pais cujos filhos estejam sob seu poder ou companhia e invertendo o ônus da prova, cabendo, então, aos pais, provarem que não houve de sua parte culpa ou negligência, conforme art. 68 do Código de Menores.

O Código de Menores foi revogado mais tarde pela Lei nº 6697, de 10 de outubro de 1979, que criou um novo Código de Menores, também revogado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069 de 13 de julho de 1990).

Apesar da lei que revogou o Código de 1927, posteriormente ter sido revogada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não fez com que o Código de 1927 voltasse a ter vigência, uma vez que não existe no ordenamento brasileiro a reprivatização, que seria, nos dizeres de Cunha (2002, p. 223) a “restauração expressa de lei revogada, operada com a perda de vigência da lei que a revogara (LICC, §§ 2º e 3º)

Sendo a responsabilidade dos pais objetiva por determinação legal, com revogação da lei que estabelecia essa responsabilidade objetiva (Código de 1927), e não voltando esta para o ordenamento com a revogação da lei que a revogou, não se pode afirmar que a responsabilidade dos pais é objetiva, visto que não há a determinação legal para tanto.

Com essas constantes alterações na responsabilidade dos pais, o tema tornou-se bastante complexo e somente solucionou-se de forma definitiva, não restando mais dúvidas quanto à natureza jurídica da responsabilidade dos pais, com o advento do Código Civil de 2002.

3.3 A Atual Situação da Responsabilidade dos Pais

Surge, então, um novo modelo de família: os chefes de família, a quem incumbem o dever de dar aos seus filhos uma educação adequada, ensinando-os a exercerem seus direitos dentro dos limites estabelecidos pela lei.

Devido às exigências da vida moderna, os chefes de família têm sido cada vez mais pressionados pelas necessidades do mercado de trabalho, o que faz com que se tornem mais ausentes na convivência familiar.

Diante dessa nova instituição familiar onde é impossível que os filhos fiquem sob a guarda dos pais durante as 24 horas do dia, é necessário uma nova forma de responsabilização dos pais.

Com o novo Código Civil a responsabilidade dos pais passa a ser objetiva, ou seja, independente de culpa que era exigida no Código anterior.

O legislador, ao proclamar que a responsabilidade do pai existirá ainda que não haja a culpa, inspirou-se na idéia do risco.

Nesse sentido posiciona-se Afrânio Lyra (apud GONÇALVES, 2003, p.133):

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

Cumpra ressaltar que a responsabilidade objetiva é a dos pais, entretanto para que esses sejam responsabilizados, será preciso provar que houve culpa do filho menor.

O exemplo citado por Ruy Stoco (2004, p. 907) ajuda a elucidar:

Suponha que um garoto de dezessete anos que, atacado raivoso e traiçoeiramente por outrem, revida em legítima defesa e causa ferimentos ao agressor. Se levamos em consideração apenas a condução do pai ou responsável e o fato de que se estabeleceu a sua responsabilidade objetiva, surgiria sua obrigação de reparar o agressor, que restou ferido, ainda que o seu filho tenha agido amparado pela lei, que a legítima defesa e não considera ato ilícito aquele praticado nessas circunstâncias (Código Civil, art. 188, I).

Além da teoria do risco, o atual Código Civil deu ênfase à responsabilidade por fato de outrem como uma forma de maior proteção à vítima diante da dificuldade de se apurar a obrigação de pessoas que não têm como responder pelos danos.

O Código Civil adota como regra a responsabilidade subjetiva, que é aquela que se inspira na idéia da culpa; a responsabilidade objetiva, ou seja, a responsabilidade sem culpa é excepcional.

Alguns autores entendem que a idéia de culpa está relacionada à imputabilidade, sendo essa a capacidade do agente de entender o caráter ilícito do fato; não poderia, então, o menor ser responsabilizado pelos danos que causar, visto que, na maioria das vezes, lhe falta tal capacidade.

A posição adotada por Ruy Stoco (2007, p.811) é a seguinte:

Responsabilizar os menores de 16 anos, os enfermos, os deficientes mentais, os que não têm discernimento, e os que não podem exprimir a sua vontade, tal como enumera o art. 3º do CC, é não só estabelecer confronto entre esta regra do art. 3º com aquela do art.928, que os responsabiliza como, também, estabelecer a quebra da harmonia que um estatuto deve preservar.

Para o autor, o Código Civil atual, ao estabelecer que os danos causados pelo menor devam ser reparados, confronta com o princípio do bom

direito, visto que esse não tem noção do que é, ou não, contrário ao direito e nem capacidade de determinar-se conforme esse entendimento.

Considerando a posição do autor em que não existe culpa do menor por não ter esse o discernimento suficiente para determinar-se de acordo com o direito, inexistiria também a responsabilidade do pai, já que, para esse ser responsabilizado seria necessário que o filho tivesse agido com culpa.

Todavia, o legislador, ao determinar a responsabilidade objetiva dos pais, buscou assegurar a reparação da vítima do dano, pois se o menor não tem culpa dos danos que causou, também nenhuma culpa terá a vítima, e, como dito anteriormente, os pais, ao decidirem ter filhos, assumem os riscos da sua escolha.

3.4 Natureza da Responsabilidade dos Pais

A natureza da responsabilidade dos pais em relação ao filho é objetiva, uma vez que os pais responderão pelos atos dos filhos ainda que não haja culpa de sua parte.

Entretanto, para que os pais respondam de forma objetiva, é necessário que detenham sobre o filho o poder de guarda e vigilância; é o que determina a lei.

Caso o pai tenha perdido esse poder de guarda e vigilância por decisão judicial, estará isento da obrigação de reparar o dano da mesma forma que se, por qualquer outro motivo justificado, o filho estiver em companhia de outrem que não os pais, caberá a esse alguém a responsabilidade, já que esta será transferida àquele que detenha a guarda ou vigilância.

Nesses casos, o motivo para que o pai tenha perdido o poder familiar deverá ser justificado; na hipótese de ter o pai perdido o poder familiar por procedimento pouco edificante ao caráter do filho, agravada será a sua responsabilidade.

A ausência ou transferência temporária do poder familiar somente servirá de causa excludente se, no caso concreto, for possível justificar que o pai não poderia ter impedido o filho de praticar o ato, não ficando caracterizada a culpa precedente no cumprimento dos deveres do poder familiar.

3.5 Causas de Responsabilidade Subjetiva dos Pais

A responsabilidade dos pais por danos causados por seus filhos, por determinação legal será objetiva, ou seja, independe de culpa, mas existirão casos em que será necessário provar a culpa do pai para que esse seja responsabilizado, como se verá adiante.

3.5.1 Culpa *in educando* e culpa *in eligendo*

O requisito para a responsabilidade objetiva do pai é que o menor esteja sob sua guarda e companhia, cabendo ao pai os deveres de disciplina; estando o filho sob a vigilância de outrem, recairá sobre esse a responsabilidade.

Em caso de divórcio, onde a guarda do menor é da mãe, ficando o pai impossibilitado de exercer o dever de vigilância de maneira que se o menor causar dano a alguém, a mãe responderá pelo ato ilícito do filho, não podendo, assim, o pai ser responsabilizado de forma objetiva. Nessas condições, para responsabilizá-lo, é necessário provar que ele foi negligente na educação do menor. Dessa forma, responderá, então, subjetivamente pela culpa *in educando*.

Nos dias de hoje, é cada vez maior o número de mulheres no mercado de trabalho, o que faz com que não possam exercer pessoalmente o dever de vigilância sobre seus filhos e precisem contratar outra pessoa para desempenhar essa função, transferindo-lhes a guarda de fato, ou seja, essa pessoa ficará responsável pela criança somente por um tempo certo e determinado.

Todavia, se durante o período em que o menor estiver sob a responsabilidade dessa outra pessoa (professor, babá, responsável por creche, etc.) causar qualquer prejuízo a terceiro, caberá àquele que detinha a guarda ainda que temporária do menor, a responsabilidade sobre o dano causado.

Nesse caso, a vítima poderá acionar o pai, mas, para isso, deverá provar que esse escolheu, elegeu errado a pessoa para a quem transferiu a guarda e vigilância de seu filho. O pai, então, responderá de forma subjetiva por culpa *in eligendo*.

3.6 Responsabilidade dos Tutores e Curadores

A inserção deste subtópico na presente pesquisa deve-se ao fato de que a doutrina, a exemplo de Sílvio Rodrigues (2002, p. 70-75), equipara a responsabilidade dos tutores e curadores à responsabilidade civil dos pais ou responsáveis. Dessa forma, por entender equivalentes esses dois tipos de responsabilidade, é que a autora do trabalho entendeu por bem inserir esse tipo de responsabilidade neste trabalho, pois, na ausência dos pais, os tutores e curadores arcam com o mesmo tipo de responsabilidade daqueles.

A lei estendeu aos tutores e curadores a mesma responsabilidade que atribui aos pais, pois atribui a esses o mesmo dever de vigilância devido pelos pais.

Embora a lei equipare a responsabilidade dos tutores e curadores à dos pais, a doutrina majoritária entende que essa responsabilidade não deve ser examinada com os mesmos rigores que a responsabilidade dos pais.

Nesse sentido Sílvio Rodrigues (2002,p.70) ensina que:

[...] a tutela e a curatela representam um ônus, um *munus publicum* imposto ao tutor e ao curador, que muitas vezes não são sequer remunerados. Aquele que aceita a tutela ou curatela presta, ordinariamente um serviço à sociedade. De modo que impor-lhe uma obrigação extensa, de responder pelos atos de seu pupilo ou curatelado, é solução não só injusta como inconveniente. *Injusta*, porque representa a agravação de um ônus para quem presta função de interesse social. *Inconveniente*, porque representa elemento desencorajador daqueles que, de outro modo, dispore-se-iam a ser tutores de um menor.

Importante ressaltar que, embora a doutrina majoritária entenda como o autor supracitado; a lei nada dispõe a esse respeito.

3.7 Causas de Exclusão da Responsabilidade dos Pais

Das causas de exclusão da responsabilidade civil tratadas no tópico 2.5 deste trabalho somente a culpa exclusiva da vítima e a culpa de terceiro serão também causas de excludentes da responsabilidade dos pais por danos causados por seus filhos.

Quando tratamos da causa excludente de responsabilidade, fora dito que, embora grande parte da doutrina entenda ser o caso fortuito e a força maior excludentes da responsabilidade civil, por afastar o nexo de causalidade, há aqueles que entendem que são excludentes de culpabilidade e não do nexo causal.

Todavia, se entendermos que o caso fortuito e a força maior excluem a culpabilidade, não excluiriam, portanto, a responsabilidade dos pais, por ser esta uma responsabilidade objetiva da qual a culpa não é elemento.

Várias são as situações que induzem ao entendimento de que haverá exclusão da responsabilidade dos pais, porém, somente analisando o caso concreto é que se poderá chegar a tal conclusão.

Nos dias atuais é muito comum que as crianças passem grande parte do dia em escolas, creches, clubes, ficando, então, sob a guarda de outras pessoas que não são seus pais; se nessa situação, a criança vir a causar algum prejuízo a alguém, a doutrina diverge a respeito de quem seria o responsável por esse dano ou prejuízo.

Para alguns, mesmo os filhos não estando na companhia dos pais, esses serão responsáveis, pois o posicionamento adotado pelo Código Civil inspira-se na idéia de risco, ou seja, o indivíduo, ao decidir ter filhos, não pode desprezar os riscos que tal decisão ensejará.

Nesse sentido posicionam-se alguns dos tribunais do país, a exemplo do Tribunal de Justiça de Rondônia, ao julgar Recurso Especial interposto por um pai que foi condenado a pagar 70 salários mínimos a título de indenização, por seu filho menor ter agredido, sem motivo aparente, uma pessoa em via pública: O relator do processo foi o Min. Aldir Passarinho Júnior:

Os pais respondem solidariamente por atos ilícitos praticados por menor de idade, mesmo quando estão separados e a guarda do filho foi confiada a um deles. Foi essa a conclusão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar ação de um pai inconformado com o pagamento de indenização de 70 salários mínimos à vítima de agressão praticada pelo filho em 1993. “Não parece razoável que um cônjuge, apenas porque separado, possa se eximir integralmente da responsabilidade pelos atos de seu filho, salvo situação excepcionais de nenhuma ingerência em sua criação, o que deve ser cabalmente provado”, disse o relator do processo, ministro Aldir Passarinho Junior. (grifo original).

(Disponível em <<http://www.tj.ro.gov.br>>. Acesso em 20/out/2008. Original não grifado).

Entretanto, há entendimento contrário; para Silvio Rodrigues (2002, p.69), “para que a responsabilidade do pai emerja, é preciso que o filho esteja em sua companhia e guarda. Portanto, se o filho justificadamente não estiver em companhia dos pais e sob sua guarda, sua responsabilidade não se caracterizará.”

Para o autor, o poder familiar dos pais consiste no dever de vigilância, logo, não estando os filhos em sua companhia, a responsabilidade objetiva será daquele a quem incumbe o dever de vigilância.

O mesmo ocorrerá quando o menor praticar atos enquanto estiver sob a guarda dos avós, aos cuidados de estabelecimento de ensino ou no exercício de atividade laboral; a esses competirá o dever de vigilância, ficando os pais isentos de responsabilidade.

Considerando que a presunção da responsabilidade dos pais resulta antes da guarda do que do poder familiar, tem-se entendido que, na hipótese de separação judicial, na prática de um ato ilícito pelo filho, será responsabilizado somente o cônjuge que detém a guarda do menor.

Nesse sentido a jurisprudência (TJSP-6.ºc.-AI- Rel. César de Moraes-j.31.08.1978-RT522/101) posiciona-se:

Responsabilidade civil. Casal desquitado. Filha sob guarda da mãe. Illegitimidade passiva do pai. Agravo provido. 'Para que subsista a responsabilidade dos pais pelos atos lesivos dos filhos é indispensável que os tenham em seu poder e em sua companhia.'

Embora tenha sido dito que, para existir a responsabilidade solidária, é necessário que o pai detenha a guarda dos filhos, que estes estejam sob o seu poder e companhia, não significa que os pais não serão responsáveis caso os filhos não mais residam com eles.

Ainda que os filhos não residam com os pais, mas continuem sob a sua dependência econômica, há entendimento de que continuam sob a sua autoridade.

Nesse sentido o Tribunal de justiça de São Paulo, pronunciou o seguinte acórdão:

INDENIZAÇÃO-RESPONSABILIDADE CIVIL-FATO DE TERCEIRO-MENOR-PRÁTICA DE FURTO-Alegação de que o filho não coabitava com eles na época dos fatos-Inadmissibilidade.A não coabitação só isentará o genitor de responsabilidade se ele estiver impedido de fiscalizar e dirigir a conduta de seu filho menor. Se a ausência de coabitação não impedir aquela fiscalização, o genitor que se achar no exercício do pátrio poder, continuará no dever de vigilância de seu filho menor permanecendo a sua responsabilidade. Na hipótese, eram os genitores que proviam, segundo as provas o sustento do filho e que, portanto, tinham condições de continuar a exercer a vigilância que lhes competia. (TJSP-Ap.cível 159371-1,7-2-92;5º Câmara Cível –Rel.Melo Jr.).

Dessa forma o pai não deixará de responder pelo filho menor se este, com o seu consentimento, não mais estiver sob a sua companhia, ou seja, não mais residir no mesmo domicílio.

A responsabilidade dos pais é presumida, de maneira que, para se isentar de tal responsabilidade, caberá ao pai fazer prova firme e segura de que estava impossibilitado de exercer o poder de guarda e vigilância sobre o filho menor.

Há ainda aqueles que defendam que não haverá responsabilidade paterna enquanto o filho não tiver capacidade de discernimento, um desses autores é Orlando Gomes (apud GONÇALVES, 2003, p.133), que ensina que:

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

No entanto, tal entendimento não tem sido aceito, pois sendo a responsabilidade paterna decorrente do dever de guarda, com mais razão subsistirá no caso do menor sem discernimento, pois esse deverá ser vigiado com mais rigor.

3.7.1 Emancipação

Através da emancipação, o menor de 18 anos estará apto para a prática de todos os atos da vida civil; a menoridade cessa com a emancipação.

Entretanto, para a doutrina, nem todos os tipos de emancipação excluem a responsabilidade dos pais por atos praticados pelos filhos.

Entendem que a emancipação voluntária, prevista no art. 5º, parágrafo único, inciso I¹³ do Código Civil, concedida pelo pai ao filho menor, somente tem a finalidade de liberá-lo da assistência, facilitando-lhe a prática dos atos jurídicos, não podendo o pai utilizá-la para exonerar-se da responsabilidade.

A doutrina faz distinção a respeito da emancipação para que configure como excludente da responsabilidade dos pais.

Posicionamento adotado por Carlos Roberto Gonçalves (2003, p.137):

O poder familiar cessa com a maioridade aos 18 anos, ou com a emancipação, aos 16. Se os pais emancipam o filho, voluntariamente, a emancipação produz todos os efeitos naturais do ato, menos o de isentar

¹³ Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

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

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

os primeiros da responsabilidade solidária pelos atos ilícitos praticados pelo segundo, consoante proclama a jurisprudência. Tal não acontece quando a emancipação decorre do casamento ou das outras causas previstas no art. 5º, parágrafo único, do Código Civil.

O autor entende que a emancipação voluntária não é causa de exoneração da responsabilidade dos pais, apenas as outras causas de emancipação previstas no parágrafo único do art. 5º, poderão isentar os pais da responsabilidade. Dispõe o art. 5º:

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

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

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

¹ II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

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

A emancipação, como um ato de vontade voluntário não elimina a responsabilidade que provém da lei, de forma que os pais responderão perante terceiros de forma solidária.

4 DA INDENIZAÇÃO CAUSADA PELO DANO

4.1 Reparação Material

Indenizar significa ressarcir o prejuízo, cobrindo todo o dano experimentado pela vítima. Conforme determina a lei, as perdas e danos sofridos pelo lesado abrangem não apenas os lucros cessantes, como também os danos emergentes (art.402¹⁴ Código Civil).

Não há maiores dificuldades na verificação do dano material, visto que esse acarreta diminuição patrimonial.

A reparação do dano pode ser feita através de reparação natural, que com a entrega do próprio objeto ou outro da mesma espécie daquele deteriorado.

Entretanto, a indenização em dinheiro é mais freqüente, pois quando o fato danoso importa na destruição do objeto, a reparação natural será impossível. Quando não for possível o retorno ao *status quo ante* se indeniza pelo equivalente em dinheiro, respeitando-se a regra do art. 944 do Código Civil, que dispõe que a indenização mede-se pela extensão do dano.

4.2 Reparação no Dano Moral

Durante muito tempo não se admitia a indenização por dano moral, pois muitos argumentavam que seria imoral atribuir valores a sentimentos, não havendo como mensurar a dor.

¹⁴ **Art. 402.** Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

É pacífico na doutrina atual o reconhecimento do dano moral, visto que encontra previsão no Código Civil, no art.186¹⁵ e ainda na Constituição Federal no art.5º, X, que dispõe que: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”,

Tais direitos não são os únicos a serem ressarcidos no dano moral, trata-se de rol exemplificativo; não podem ser reduzidos, entretanto poderão ser ampliados por legislação ordinária.

Tem-se entendido que a indenização por dano moral representa uma compensação, ainda que pequena, pela tristeza ou humilhação sofrida pela vítima.

Caberá indenização por dano moral quando alguém, em razão de determinada prática ilícita, suportar uma dor ou constrangimento, quando houver uma afetação no estado de espírito do indivíduo, causando-lhe aflição e desequilíbrio em seu bem-estar.

Todavia, não caracteriza dano moral o mero dissabor, aborrecimentos comuns do dia-a-dia, do mesmo modo que não se incluem na mesma órbita do dano moral, certas situações que, embora desagradáveis, são necessárias ao desempenho de determinadas atividades.

Nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

DANO MORAL. Banco. Pessoa presa em porta detectora de metais. Hipótese de mero aborrecimento que faz parte do cotidiano de qualquer cidadão de uma cidade grande. Ação improcedente. (Ap.101.697-4-SP, 1º CâM., j.25-7-2000).

Hoje também é pacífico na doutrina e na jurisprudência a cumulação do dano moral com o dano material, É absolutamente possível a cumulação, visto que existem situações em que, além da afetação ao patrimônio da vítima, há também afetação à dignidade da pessoa, bem como ofensa aos bens da personalidade.

¹⁵ **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.

Vislumbra-se tal situação, por exemplo, no caso de morte de um chefe de família em um acidente, onde seus familiares (esposa e filhos) sofrerão, além do aspecto patrimonial decorrente da perda do amparo material, um profundo e intenso sofrimento causado pela perda inesperada de um ente querido.

Na apuração do dano moral, enfrentam-se dificuldades devido à falta de determinação legal específica no que se refere à liquidação do dano moral, pois não existe um critério único ou padrão de tarifação.

Embora não exista um critério pré-estabelecido para a fixação do dano moral, predomina o entendimento de que deverá ser feito através de arbitramento judicial.

O magistrado, ao fixar o valor da indenização do dano moral, levará em consideração as peculiaridades de cada caso, verificando a natureza do dano moral, ou seja, se a reparação pecuniária arbitrada é de caráter compensatório para a vítima, pois deverá ajudar na superação do agravo recebido, e punitivo para o ofensor, de maneira que não poderá ser tão pequena para que não sirva de estímulo para nova prática por parte do ofensor.

4.3 Prejuízos Indenizados pelos Pais e Direito de Regresso

Como regra geral, no ordenamento civil brasileiro será responsável pela indenização todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar dano a outrem.

Entretanto, conforme visto, existirão casos onde a pessoa passa a responder, não pelo ato próprio, mas pelo ato de terceiro por quem é responsável.

É o que se pode vislumbrar na responsabilidade dos pais por atos praticados por seus filhos menores.

Embora seja o menor o causador direto do dano, será o patrimônio do pai que responderá pela indenização, pois a responsabilidade do menor é

subsidiária, somente respondendo o menor com o seu patrimônio se o pai não dispuser de meios suficientes para reparação do dano.

O Código Civil dispõe, no art.942¹⁶, que deverá existir solidariedade entre pais e filhos quando esses vierem a causar prejuízo a alguém; embora tenha sido o filho o causador direto do dano, poderá a vítima do dano ingressar com ação de reparação de dano diretamente contra o pai.

Entretanto o art. 928¹⁷, do mesmo diploma legal, estabeleceu a responsabilidade subsidiária e mitigada do menor; subsidiária, porque somente responderá pelos prejuízos que causou se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes, e, mitigada, porque somente terá lugar se não privá-lo do necessário ao seu sustento ou as pessoas da sua família.

Nesse sentido Ruy Stoco (2005, p.31) leciona:

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

De acordo com o autor, não há que se falar em solidariedade entre pai e filho, já que o art.928 do Código Civil elege o responsável legal como devedor principal; tanto é que, ao pai, não caberá ação regressiva caso venha a pagar os prejuízos causados por seu filho (art.934¹⁸ do Código Civil).

Dessa forma, busca-se primeiro o patrimônio do pai. Caso venha a responder com o seu patrimônio, o pai não terá direito à ação de regresso contra o

¹⁶ **Art. 942.** Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

¹⁷ **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.

¹⁸ **Art. 934.** 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.

filho, o que poderia levar a uma situação injusta em relação aos demais filhos que nunca causaram problema algum.

Todavia, tal situação poderá ser resolvida através do instituto da colação, que é o procedimento através do qual os herdeiros necessários restituem à herança os bens que receberam em vida do *de cuius*.

Nesse sentido, José de Aguiar Dias, cita o entendimento de Pontes de Miranda (apud DIAS, 2006, p.751):

Sustenta Pontes de Miranda que o pai, nada podendo reaver do filho, pode, entretanto, ir à colação, consequência exímio jurista deduz da interpretação conjugada dos arts.1524 e1793 do Código Civil de 1916(atuais 934 e 2010 do Código Civil de 2002) e que se não pode deixar de aceitar,sob pena de enfrentar inconciliável contradição entre esses dois dispositivos.

O ilustre jurista entende que deverá ser feita uma interpretação dos arts 934 e 2010 do Código Civil, pois mesmo o primeiro expressamente proibindo a ação de regresso do pai contra o filho, o segundo artigo dispõe que não virão a integrar a colação os gastos ordinários de ascendente com descendente enquanto este for menor; entretanto, os gastos referentes às indenizações têm natureza extraordinária, sendo assim, poderão ser restituídos através da colação.

4.4 Liquidação do Dano

A liquidação do dano tem como escopo tornar real e efetiva a reparação para a vítima. É nesse momento que se apura o quanto é devido, levando-se em consideração os danos emergentes e os lucros cessantes.

O valor da indenização deverá ser calculado considerando-se a extensão do dano suportado pela vítima, de maneira que, no momento da liquidação do dano, é irrelevante o grau da culpa.

Na liquidação do dano deverá ser feita a correção ou atualização do valor para que a indenização possa ser capaz de proporcionar ao beneficiário a possibilidade de adquirir os mesmos bens perdidos em razão do ato ilícito.

A vítima poderá exigir que a indenização seja cumprida de uma só vez, de acordo com o art.950¹⁹ do Código Civil, ou, ainda, em prestações periódicas, afim de que seja assegurado o adimplemento das prestações. Poderá o juiz determinar que o devedor constitua um capital.

Conforme determinação legal, a liquidação do dano causado por menores, comporta algumas limitações. A indenização não poderá privar o menor ou aqueles que dele dependam do necessário ao seu sustento.

¹⁹ **Art. 950.** Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho não teve a intenção de esgotar o tema, dada a sua complexidade. Buscou apontar as principais divergências concernentes à responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados por filhos menores e as posições adotadas pela doutrina e pela jurisprudência.

Notou-se, durante a pesquisa, que a responsabilidade civil dos pais por atos praticados por seus filhos, era mais complexa na vigência do Código Civil de 1916. Com a vigência do atual Código Civil não restam dúvidas quanto à natureza objetiva dessa responsabilidade.

O tema comporta maiores discussões no tocante à possibilidade de transferência dessa responsabilidade a outrem que não os pais, e, ainda, se estes responderão sempre de forma objetiva pelos danos causados pelos filhos.

Considerando que a responsabilidade dos pais baseia-se no dever de guarda e vigilância, quando esses, por motivo justificado, estiverem impossibilitados de exercer tais requisitos, isentos estarão de responsabilidade, sendo responsáveis aqueles que exercerem a guarda e vigilância durante o período que os pais encontravam-se impossibilitados.

Dessa forma, aqueles que exercerem no lugar dos pais a guarda e vigilância, ainda que temporariamente, para se exonerar de tal responsabilidade deverão provar a culpa dos pais, seja essa culpa *in educando*, decorrente de educação defasada ou *in eligendo*, decorrente de má escolha daqueles a quem os pais transferiram o dever de guarda e vigilância.

Todavia, no que se refere à responsabilidade dos tutores e curadores, a doutrina posiciona-se de forma contrária à lei, que dispõe como equivalente a responsabilidade desses à dos pais.

A doutrina é unânime em defender que os tutores ou curadores não deverão ser responsabilizados da mesma forma que os pais, visto que exercem atividade com *múnus publicum*. Se responsabilizados da mesma forma que os pais haveria desestímulo ao exercício da função.

As causas excludentes da responsabilidade dos pais são objetos de muitas discussões na doutrina.

A doutrina majoritária entende como causas excludentes a culpa exclusiva da vítima, a culpa pelo fato de terceiro e o caso fortuito e a força maior.

Entretanto, a autora do presente trabalho concorda com a doutrina minoritária, como mencionado anteriormente, pois entende que, caso fortuito e força maior, são excludentes da culpabilidade e não do nexo de causalidade; dessa forma, não exclui a responsabilidade dos pais por ser esta objetiva, da qual a culpa não é elemento.

Outra situação interessante analisada durante a pesquisa refere-se à subsidiariedade da responsabilidade do filho; não poderá o pai entrar com ação de regresso contra o filho, mesmo que tenha arcado com as despesas decorrentes de ato praticado por aquele.

Analisando o Código Civil de forma sistemática, nota-se que o valor pago a título de indenização, por ter natureza extraordinária, poderá reintegrar o patrimônio dos herdeiros através do instituto da colação.

Finalizando, um dos fundamentos da responsabilidade civil dos pais por danos causados pelos filhos é a intenção de não deixar a vítima irressarcida pelo dano que sofreu, entretanto, conforme dispõe o próprio Código Civil, esta poderá tornar-se irressarcida, bastando para isso que nem o incapaz, nem seu responsável tenham condições financeiras para indenizar.

Diante do exposto, nota-se que, em sede de responsabilidade civil, deverá ser analisado caso a caso, para que se chegue a uma solução realmente justa e eficaz.

BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 9.ed.São Paulo: Saraiva, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed.; São Paulo: Atlas, 2007.

_____. _____. 8. ed.; São Paulo: Atlas, 2008.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário Compacto do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 5. ed.; São Paulo: Renovar, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 11.ed.; São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNANDES Francisco; LUFT, Celso Pedro e GUIMARÃES, F. Marquês. **Dicionário Brasileiro**. 50. ed.; São Paulo: Globo, 1998.

FIÚZA, César. **Por uma nova teoria do ilícito civil**. Disponível em <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=2027>>. Acesso em 28/out/2008.

FURTADO, Sebastião Renato. **Culpa contratual e culpa extracontratual**. Disponível em <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=1580>>. Acesso em 28/out/2008.

GARCEZ NETO, Martinho. **Prática de responsabilidade civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8 ed.; São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito das obrigações**:, parte especial (responsabilidade civil). 3.ed.; São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito e responsabilidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEONE, Eduardo Antonio de Almeida. **A responsabilidade civil dos pais perante os atos dos filhos**. 2003. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. v. 2. Obrigações e responsabilidade civil. 3.ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de direito penal**. 19.ed.; São Paulo: Atlas, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: responsabilidade civil. 19.ed.; São Paulo: Saraiva, 2002.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 2.ed.; São Paulo: Atlas, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Responsabilidade civil**. In Revista dos Tribunais. Ano 94; janeiro de 2005; v. 831. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. Disponível em <<http://www.tjro.gov.br>>. Acesso e, 20/out/2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 12.ed.; São Paulo: Atlas, 2003.