

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GENITOR NÃO GUARDIÃO PELOS ATOS DOS FILHOS MENORES

*Ana Carolina Lucena de Freitas Sindeaux**
*Danielle Augusta Lima e Silva***
*Núbia Eliane de Souza Diógenes****

1 INTRODUÇÃO

A regra de responsabilidade civil é que cada pessoa (física ou jurídica) responda exclusivamente pelos seus próprios atos. É a chamada responsabilidade direta ou responsabilidade por fato próprio, conforme Sérgio Cavalieri Filho¹.

Tal regramento, contudo, possui as exceções previstas no art. 932 do Código Civil (CC), casos em que uma pessoa pode ser responsabilizada por fato praticado por outrem. Nessa hipótese, tem-se a responsabilidade indireta ou responsabilidade pelo fato de outrem.

Dentre as exceções, destacamos a inserida no inciso I, qual seja, a responsabilidade dos “pais pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”.(art.932,I,CC).

Os pais respondem objetivamente, já que irrelevante, nesse caso, a culpa dos mesmos (art. 933, CC), e a obrigação é solidária, tal como prevista expressamente no parágrafo único, do artigo 942 do já citado Diploma legal. Também não se admite direito de regresso pelo ascendente, contra o filho causador do dano, por expressa vedação da lei².

Postas as disposições legais supramencionadas, examinaremos se há, para a configuração da responsabilidade civil do genitor, prevista no inciso I do

* 50ª Promotora de Justiça de Natal com atuação na 6ª Vara de Família. Especializanda em Direito de Família e Sucessões pela Facex.

** Assistente Ministerial lotada na 2ª, 7ª e 50ª Promotorias de Justiça de Natal. Especializanda em Direito de Família e Sucessões pela Facex.

*** 7ª Promotora de Justiça de Natal com atuação na 4ª Vara de Família. Especializanda em Direito de Família e Sucessões pela Facex.

¹ In Programa de Responsabilidade Civil, 7ª ed., 2ª. reimpr., São Paulo: Atlas, 2007, p. 172.

² Ver art. 934, Código Civil.

art. 932, a exigência ou não da necessidade de o filho menor estar sob a companhia e vigilância daquele pai ou mãe, que não possui a sua guarda.

Abordaremos o tema sob a ótica do art. 932, I, do Código Civil e do instituto do poder familiar. Fundamentaremos o trabalho, principalmente, com as lições dos doutrinadores Caio Mário da Silva Pereira, Denise Damo Comel, Maria Berenice Dias e José Fernando Simão, bem como exemplificaremos por meio de julgados de casos semelhantes ao objeto do presente estudo.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO ARTIGO 932, I, DO CÓDIGO CIVIL

Da leitura do inciso I do artigo 932 do Código Civil Brasileiro, pode-se chegar à conclusão de que o simples fato de um dos genitores ser detentor da guarda legal do filho, isentaria o outro, não guardião, de qualquer responsabilidade sobre os atos praticados pelo filho incapaz civilmente. Essa foi a interpretação dada em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, conforme se pode conferir adiante:

Ementa: Civil. Processual Civil Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. **Primeiro agravo retido:** exclusão do pai do menor agressor do pólo passivo da demanda. Pais separados. Filho sob a guarda da sua genitora. Responsabilidade civil daquele que mantém a guarda do menor. Agravo negado. **Segundo agravo retido:** ilegitimidade passiva dos pais pelos atos praticados pelo filho maior de 16 anos de idade. Artigo 932, I, do Código Civil, responsabilidade dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores. A menoridade decorre de expressa regulamentação legal. Artigo 5º do Código Civil. Aos 18 (dezoito) anos completos acaba a menoridade. Agravo negado. **Preliminar** de nulidade da sentença. Julgamento *extra petita*. Não ocorrência. Honorários sucumbenciais e custas. Pedidos implícitos. Precedentes do STJ e desta corte. Rejeição. **Mérito:** agressão física comprovada. Ofensa à integridade física e moral do apelado. Dano moral configurado. Obrigação de indenizar. *Quantum* indenizatório fixado de maneira correta. Observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Manutenção da sentença. Recurso conhecido e desprovido. (TJ/RN, Apelação Cível nº 2009.011236-4, 1ª Câmara Cível, Relator Desembargador Dilermando Mota, data do julgamento 22/03/11). (grifo do autor)

A análise mais aprofundada da questão, partindo do citado dispositivo legal e avaliando as suas consequências, evidencia, todavia, que a sua aplicação de forma irrestrita pode resultar na premiação daqueles pais³ que,

³ Aqui, leia-se pai e mãe.

voluntariamente, ausentam-se da vida dos filhos, descumprindo com a obrigação de guarda, consagrada pelo art. 229 da Constituição Federal⁴.

O dever de direção sobre os filhos, a que se refere o supracitado inciso, decorre do poder familiar e este somente se extinguirá por meio de decisão judicial, adoção, maioridade do filho, emancipação ou morte dos pais⁵. Extraí-se, portanto, que, mesmo, no caso, de o(a) genitor(a) não ser o guardião legal, este não perderá os direitos e responsabilidades decorrentes da relação pai/mãe e filho.

Assim, o genitor que não possui a guarda de filhos menores, mantém inalterados os direitos e deveres em relação a estes e, dessa forma, caso venham a provocar dano a outrem, ambos os pais serão responsáveis pela reparação de tal dano, merecendo o assunto uma análise mais apurada.

Nesse desiderato, cabe inicialmente ser examinado o instituto do poder familiar, tal como reconhecido na atualidade.

3 O PODER FAMILIAR E A IGUALDADE DE DIREITOS E DEVERES ENTRE OS GENITORES

Apesar de não ter sido conceituado pelo nosso legislador, e, mesmo sendo intitulado como "poder" familiar, é pacífico na doutrina e jurisprudência pátria que se caracteriza não apenas como poder, mas também, e quiçá, principalmente, como um dever de ambos os genitores.

Caio Mário da Silva Pereira, sabiamente o conceitua como sendo “Complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições, segundo o artigo 226 §5º da Constituição” (PEREIRA, 2004, p. 421).

Nesse sentido, também as legislações específicas, Lei nº 8.069/90 (art. 21 e seguintes) e o Código Civil (arts. 1.132 e 1.636), deixam clara a igualdade de obrigações e direitos de ambos os genitores quanto ao poder familiar, mesmo na situação de separação destes, quando o filho passa a residir com apenas um dos pais, em guarda unilateral, por exemplo.

Para robustecer o que já era previsto legalmente, a Lei nº 11.698/2008 veio introduzir expressamente a guarda compartilhada em nosso ordenamento

⁴ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (grifo nosso)

⁵ Ver art. 1.635 do Código Civil.

jurídico, de forma a estabelecer “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” (§1º do art. 1.583 do Código Civil), garantindo, assim, ao genitor, que de fato não resida com os filhos, o direito de decidir, juntamente com o outro as questões importantes do dia a dia dos infantes. Afinal, não se pode confundir guarda com poder familiar, sendo aquela apenas um dos atributos deste.

Não basta que o genitor não resida com o filho menor para que deixe de ter direitos e deveres referentes à educação e acompanhamento do mesmo, pois a participação e influência de ambos os pais na orientação e direcionamento da formação moral dos filhos é de suma importância para o seu pleno desenvolvimento psicossocial. E, impor apenas ao genitor guardião esse ônus, revela-se uma injustiça escancarada, afrontando toda a legislação sobre a matéria⁶.

O fato de o filho menor não estar na companhia de um dos genitores, portanto, não exime este do dever de zelo, acompanhamento e educação em relação àquele, e, por conseguinte, em regra, também não deverá resultar na isenção do não guardião quanto à responsabilidade para com os atos ilícitos praticados pelo filho.

O dever de fiscalizar, como já exaustivamente mencionado, pertence a ambos os genitores e deriva do poder familiar, em nada se confundindo com o instituto da guarda no Direito de Família. Assim, repita-se, permanece o genitor não destituído do poder familiar com o dever de fiscalizar e participar ativamente de sua vida, em todos os aspectos, seja educacional, material, ou moral.

Com base nesse entendimento, excluir o genitor não guardião que, por opção, não assume a responsabilidade de educar, orientar e zelar pelos filhos menores, a exemplo daqueles que muitas vezes deixam voluntariamente de ter contato com o filho, seria premiar o abandono e, até de certa forma, incentivá-lo.

A doutrinadora Maria Berenice Dias, com maestria, alerta para o equívoco da responsabilização exclusiva do genitor guardião, vejamos:

⁶ Ver art. 226, V, CF; e arts. 1.566, IV, 1.579, 1.589 do Código Civil.

Assim, nada justifica atribuir exclusiva responsabilidade ao genitor guardião pelos atos praticados pelo filho, pelo simples fato de ele não estar na companhia do outro. Ambos persistem no exercício do poder familiar, e entre os deveres dele decorrente está o de responder pelos atos praticados pelo filho. Conceder interpretação a dispositivo legal, que se encontra fora do livro do direito das famílias, divorciado de tudo que vem sendo construído na busca de prestigiar a paternidade responsável é incentivar o desfazimento dos elos afetivos das relações familiares. [...] Assim o patrimônio de ambos genitores, e não só o do guardião, deve responder pelos danos causados pelos filhos. (DIAS, 2010 , p. 420).

Ressalve-se, todavia, que há casos em que o genitor não guardião tem o contato com o filho dificultado por pessoas próximas a estes, ou, em caso mais extremos, há um impedimento total da convivência entre pai e filho. A esse respeito, Vaneska Donato de Araújo defende que, “para ilidir a responsabilidade, a ausência de coabitação deve efetivamente impedir a fiscalização; caso contrário, a responsabilidade permanece” (ARAÚJO, 2008, p. 149).

São situações excepcionais, em que o pai não guardião pode sim se eximir da responsabilidade, quando provado que, por motivos alheios à sua vontade, foi impedido de exercer a sua autoridade de genitor.

É o caso, por exemplo, de genitor prejudicado por atos de alienação parental praticados pelo guardião, que não pôde ter acesso ao filho, apesar de procurá-lo.

Nessas hipóteses, em que o genitor não guardião é vítima da tão hodiernamente discutida alienação parental, entendemos que este pai não pode ser responsabilizado pelos prejuízos causados pelo filho a terceiros, visto que o exercício do seu poder de diretriz sobre o rebento inexistente por ato alheio a sua vontade. Não se mostra justo, pois, que o genitor, que sempre foi privado da convivência com o filho, seja procurado, exclusivamente, para por este responder civilmente.

Igualmente não poderá ser responsabilizado, o genitor que, por decisão judicial perdeu o poder familiar, já que, mesmo por motivo justificado, também foi impedido de exercer sua influência e controle na educação dos filhos.

4 A EQUIVOCADA TESE DA EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NÃO GUARDIÕES

Alguns doutrinadores, apesar de afirmarem que a responsabilidade do pai pelos atos dos filhos menores decorre do poder familiar, defendem, na linha do julgado transcrito no Capítulo 2, a tese de que se um dos pais tem a guarda do filho, o outro ficaria excluído de responder civilmente pelos atos do mesmo. Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Sérgio Cavalieri Filho:

Essa espécie de responsabilidade, como se vê, tem por fundamento o exercício do poder familiar, que impõe aos pais obrigações várias, entre as quais a de assistência material e moral (alimentos, educação, instrução) e de vigilância, sendo esta nada mais que um comportamento de obra educativa.

[...]

Se os pais têm, agora, responsabilidade objetiva em relação aos filhos menores, que motivos podem invocar para exonerar-se desta responsabilidade? **Isso só pode ocorrer se e quando os pais perderem, jurídica e justificadamente, o poder de direção sobre o filho menor, cabendo-lhes o ônus dessa prova.** Com base nesse critério é possível solucionar várias situações. **No caso de os pais estarem separados, um deles ausentes ou interdito, a responsabilidade será daquele (pai ou mãe) que tem o filho sob sua posse e guarda, que exerce sobre ele o poder de direção.**(CAVALIERI FILHO, 2007, p 177, grifo nosso).

Entendimento semelhante é o do Professor José Fernando Simão, o qual reconhece que a base da responsabilidade civil dos pais é o exercício do poder familiar e que a obrigação é solidária, todavia argumenta que o genitor responsável pela indenização, no caso de não existir coabitação entres os pais, é aquele que estava na companhia do filho durante o evento danoso e, portanto, tinha o dever de vigilância⁷.

Defende, ainda, o referido Professor que, apesar de a responsabilidade ser objetiva, pode haver discussão de culpa em ação de regresso entre os pais, na qual poderá ser discutida eventual culpa *in educando* ou *in vigilando*:

⁷ Atribui esta transferência de responsabilização a teoria do transpasso da responsabilidade, a qual se baseia na ideia de que a responsabilidade transpassa com o menor, respondendo o genitor que o tiver sob sua companhia no momento que se cometer o fato danoso.

Com o Código Civil, a discussão da culpa deixou de fazer parte do sistema em razão da objetivação decorrente do art. 933. Reintroduzir sua possibilidade de admissão no processo será, no mínimo, retroceder e dificultar a conclusão do feito, piorando, em muito, a situação da vítima.

A culpa dos pais, seja ela *in vigilando*, seja ela *in educando*, será matéria a ser debatida entre os co-responsáveis em eventual ação de regresso, mas não caberá na ação a ser proposta pela vítima visando à reparação civil. (SIMÃO, 2006, p. 169)

A teoria da culpa *in educando* citada pelo doutrinador, aliás, tem a mesma essência da tese defendida neste artigo, já que como bem explicado por aquele “o dever de indenizar surge em razão de falhas na educação do menor” e independentemente de quem seja o guardião é dever de ambos os genitores educar os filhos (art. 1.566, IV, CC). Portanto, também não importa quem esteja na companhia do rebento no momento do dano, se os dois falharam na educação, os dois deverão responder.

Assim, o referido Professor, apesar de afirmar que a discutida responsabilidade tem como base o poder familiar, equivoca-se ao dizer que o genitor não guardião estaria isento do dever de responder civilmente pelos ilícitos praticados por seus filhos menores. Ora, se o poder familiar só se extingue em casos específicos previstos em lei,⁸ o simples fato de o genitor não deter a guarda do filho, não o isenta da responsabilidade pelos atos deste último.

A título de ilustração, trazemos à colação o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento de caso semelhante, com o que concordamos plenamente. Vale conferir:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PAIS SEPARADOS. ATO ILÍCITO. MENOR. A Turma reiterou o entendimento de que ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência trágica, ao comprar um revólver três ou quatro dias antes de o filho cometer o crime, arma adquirida de modo irregular e sem cautela alguma. Assim, tal circunstância caracteriza excepcionalidade que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habilita no mesmo domicílio, de solidariamente responder pelo ato ilícito (homicídio) cometido

⁸ Ver art. 1.635 Código Civil.

pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima na ação proposta pelos pais da vítima. (REsp 777.327-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, j. Em 17/11/2009).

5 CONCLUSÃO

Pais e mães, considerando a especificidade da obrigação advinda do poder familiar, devem, em princípio, responder objetiva e solidariamente pelos atos dos filhos menores de idade, porquanto ambos são responsáveis pela educação e cuidado dos mesmos, independentemente de quem os detenha momentaneamente sob sua autoridade e companhia.

O genitor que não possui a guarda dos filhos menores, conforme a nossa legislação civil, mantém inalterados os direitos e deveres em relação a estes e, dessa forma, caso venham provocar dano a outrem, os pais conjuntamente serão responsáveis pela reparação deste dano.

A exclusão da responsabilidade de um dos genitores é restrita às hipóteses em que um deles, por motivo alheio à sua vontade, foi impedido de exercer os deveres inerentes ao poder familiar, caso em que poderá discutir culpa, promovendo ação de regresso em desfavor do outro genitor.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Vaneska Donato (coord.), Responsabilidade por ato de terceiro. In HIRONAKA, Giselda M.F. Novaes (org.). Direito Civil V.5. Responsabilidade Civil. Ed Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, pag.149, Cap. XII.

BRASIL, CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. Lei Ordinária nº10.406, 10 de janeiro de 2002.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988.

BRASIL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Lei Federal nº.8069, de 13 julho de 1990.

BRASIL, Lei Ordinária nº11.698, 13 de julho de 2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 777.327-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, data do julgamento 17/11/2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Apelação Cível nº 2009.011236-4, 1ª Câmara Cível, Relator Desembargador Dilermando Mota, data do julgamento 22/03/11.

CASSETTARI, Christiano. Elementos de Direito Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 1. ed, 2ª tiragem, 2011.

COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 7.ed, 2010.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas, 7.ed. 2007.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. Direito Civil 5, Responsabilidade Civil, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil, Rio de Janeiro, Editora Forense, 14ª ed, 2004.

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