A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TUTOR

AGERSON TABOSA PINTO
Fortaleza - Brasil

https://doi.org/10.55104/FRDC_0106

https://doi.org/10.55104/FRDC_0106

1.INTRODUÇÃO

Pretendemos, com esta ponencia, examinar a responsabilidade civil, no Direito Romano, e sua recepção no Direito Brasileiro. Não a responsabilidade civil, em geral, mas a responsabilidade civil relacionada com a tutela. No tratamento da matéria, teremos oportunidade de mostrar que a tutela, assim como muitas outras instituições do direito moderno foi inteiramente aculturada não só pelo Direito Brasileiro, mas por outros direitos do mundo ocidental. Na verdade, o conceito de tutela continua o mesmo: um poder (*potestas*), que supre o poder do pai (*patria potestas*), e que objetiva a proteção (*ad tuendum*) do incapaz de fato, principalmente em razão da idade (*propter aetatem*)[1]. As espécies de tutela de hoje são as mesmas da antiguidade romana - testamentária, legítima e dativa, conforme a designação do tutor tenha origem no testamento, na lei ou na autoridade judicial [2] . O tutor exerce hoje a tutela quase da mesma maneira do tutor romano, ora substituindo a figura do pupilo, através da *negotiorum gestio*, ora prestando-lhe assistência nos atos da vida civil, pela *auctoritatis interpositio* [3] . A natureza da instituição permaneceu a mesma. Segundo a caracterização de RUGGIERO, a tutela é ofício público (*munus publicum*), obrigatório, gratuito, geral, uno e indivisível [4]. No que se refere à responsabilidade do tutor e às garantias do pupilo, o sistema continua o mesmo, como tentaremos demonstrar.

Começaremos tratando, resumidamente, da responsabilidade civil , no Direito Romano e no Direito Brasileiro, para chegarmos, depois, ao cerne da ponencia, com a análise da responsabilidade civil do tutor nos dois sistemas jurídicos. Vários aspectos do assunto, como se verá facilmente, vão deixar de ser abordados, já pela angústia de espaço, já por engenho e arte nos faltarem e tanto.

Por fim, faremos rápida incursão no campo da legislação comparada, convencido da superioridade da cultura jurídica romana, e da extensão do processo aculturativo no relacionamento entre a cultura transmissora e as culturas receptoras [5] .

---

[1] D.,26,1,1,pr.,Paulo; I.,1,13,2 ; CCB, arts.406 e 422.

[2] CCB, arts. 407-412; I., Gaio, 1,144; 1,155; 1,168; I, 1, 14; 1,17 ; 1,20.

[3] Disse "quase" porque, na verdade, não havia gestão representativa na *negotiorum gestio* romana, nem a assistência tutorial de hoje corresponde precisamente à interposição da autoridade do tutor romano. Ruggiero, Roberto de - *Instituições do Direito Civil (Istituzioni di Diritto Civile),* II, Campinas, SP, Bookseller, 1999, p.330. CCB, art. 424, I e art. 426, I.; I, 1, 21.

[4] Ruggiero, Roberto de, op.cit.,pp.333-335. CCB, arts. 412,414-417, 422, 424,444. Causa-nos, porém, estranheza este famoso civilista italiano afirmar, no que diz respeito à tutela, que "salvo alguns princípios fundamentais conservados por longa tradição, o sistema vigente nada tem que ver com o antigo". *Ibidem*, p..329.

[5] Vide nossa ponencia *"A Recepção do Direito Romano e seus Aspectos Sociológicos"*, apresentada no Congresso da Asociacion Iberoamericana de Derecho Romano, em Granada, em 1995.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0106

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

Examinemos o assunto primeiramente no Direito Romano, e, depois, no Direito Brasileiro. Antes, porém, algumas considerações sobre responsabilidade, em geral, e responsabilidade no campo do Direito. Responsabilidade vem do latim, de *re + spondére*. O prefixo re, aqui, dá a idéia de renovação, repetição, de reação. O verbo *spondere*, que significa prometer e também obrigar-se, era usado na celebração do antigo contrato da *stipulatio* , em que uma parte dizia- *spondesne* ?e a outra respondia - *spondeo*. Quem vive em sociedade está como que prometendo, no relacionamento com os consócios, a obedecer normas. Se tudo corre bem, se essas normas são fielmente cumpridas, as respostas ou reações às ações sociais passam despercebidas, pois o comportamento é aceito e aprovado. Mas, se houver descumprimento das normas, o infrator vai responder por sua desobediência, obrigando-se a sofrer, como sanção reprovativa, uma censura social, uma punição criminal ou uma reparação pelo dano causado. Restrita à área jurídica, responsabilidade é o dever de responder pela ação ou omissão, dolosa ou culposa, que tenha causado dano ou prejuízo a outrem. Se a ação é tipificada como crime, a responsabilidade é criminal; se está prevista em contrato é contratual; se não está, é extra-contratual,é responsabilidade civil [6].

2.1. *Direito Romano* - Várias etapas podemos divisar ao longo do caminho, através do qual se esboçou e evoluiu a noção de responsabilidade civil, desde a vingança privada até a construção dos quase - delitos, passando pelas composições e pelas leis penais [7].

2.1.1. *Vingança privada* - Na época da vingança privada, de suma indiferenciação, era impossível distinguir responsabilidade civil de responsabilidade criminal. A reação vingativa da vítima era, ao mesmo tempo, reparação do prejuízo individual sofrido, e punição, como reação reprovativa da sociedade e do Estado.

2.1.2. *Lei das XII Tábuas* - Com esta lei, o Estado começou a repressão oficial, ao descrever crimes e cominar penas. Estávamos, porém, ainda, numa fase de transição, entre a repressão pública e a privada. Quando, por exemplo, a Lei punia com a pena do taleão (*talis esto*), sua aplicação dependia da inexistência de composição das partes [8] .

2.1.3. *Damnum injuria datum* - No final da República, começou a figurar, entre os crimes privados, o chamado *damnum injuria datum*, ou seja, o prejuízo causado injustamente, o qual, por sua amplitude," se tornou o fundamento histórico mais importante para o estudo da ilicitude extra-contratual", ou " a célula originária da noção do ato ilícito" [9]. Segundo SAN TIAGO DANTAS, " foi através dele que se fez

---

[6] Silva, De Plácido e - *Vocabulário Jurídico*, 15ªed.,Rio de Janeiro, Forense,1999, p.713.

[7] "Não chegou o Direito Romano a construir um teoria da responsabilidade civil ..." Contudo, em verdade, muito do que o direito moderno apresenta vai-se enraizar na elaboração romana" . Pereira, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade Civil*, 9ªed.,Rio de Janeiro, Forense,1998,p.1 . O que diz San Tiago Dantas é opinião corrente entre os romanistas: " O Direito Romano não teve noção do ato ilícito... A diferença capital que hoje se faz entre o ilícito penal e o ilícito civil é completamente estranha ao Direito Romano". San Tiago Dantas, Clementino, *Programa de Direito Civil,* Parte Geral, 2ªed, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979, p. 348.

[8] Lei das XII Tábuas, 7, 11: *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.*

[9] San Tiago Dantas, Clementino, *op. cit.*, pp.349 e 351.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0106

o caminho para o estudo do ato ilícito, para o estudo da ilicitude, em geral" [10]. Mas, o rigorismo penal, prevalecente na época, voltava-se para a figura do criminoso, de quem cometia a ação delituosa, em detrimento da vítima que sofria o malefício. A ação criminosa, por sua vez, só era tal, se praticada por dolo, pouco importando o mal dela resultante. Foi, então, que a *Lex Aquilia*, ocupando-se do crime em apreço, deu-lhe mais amplitude ainda, responsabilizando o criminoso, quer agisse por dolo, quer por culpa, em razão do prejuízo causado, fosse ele material ou moral [11].

2.1.4. *Quasi Delicta* - Para elastecer ainda mais a responsabilidade é que os romanos partiram para a concepção dos *quasi delicta*, que envolviam "os casos de responsabilidade indireta, os casos em que se queria responsabilizar, não o causador do malefício, mas alguém que estivesse por trás do causador do malefício"[12].

2.2. *Direito Brasileiro* - De responsabilidade civil vamos estudar-lhe, aqui, o seu conceito, origem, elementos constitutivos e efeitos. Por fim, a distinção entre obrigação e responsabilidade.

2.2.1. *Conceito* - A noção de responsabilidade civil decorre do conceito de ato ilícito, assim inscrito no Código Civil Brasileiro, em seu artigo 159: " Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, artigos 1518 a 1532 e 1537 a 1553"[13]. CAIO MÁRIO, após estudar o conceito de responsabilidade civil na doutrina estrangeira e nacional, destaca a afirmação de SOUDART de que "a responsabilidade civil consiste em reparar, por meio de uma indenização pecuniária, o dano causado aos indivíduos"[14]. E acrescenta, concluindo: "Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o *princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.* Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil"[15].

2.2.2. *Origem* - A inspiração direta do conceito de ato ilícito o legislador brasileiro a recebeu do Código Civil francês de 1803 [16], ou, do Código Civil Alemão de 1897 [17].

---

[10] *Idem, ibidem*,p.349.

[11] Sobre a *Lex Aquilia, vide* Pereira, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, pp.3-6; Moreira Alves, José Carlos, *Direito Romano*, II, 3ª ed.,Rio de Janeiro, Forense, 1980, pp.278-381; e Gárcia, César Rascón, *Manual de Derecho Romano,* 2º ed., Madrid, Tecnos, 1996, p. 221.

[12] San Tiago Dantas, Clementino, *op. cit.*, p. 349.

[13] Brasil, Código Civil, São Paulo, Ed. Oliveira Mendes, 1998, p.134.

[14] Pereira, Caio Mário da Silva. *op.cit.*, pp. 9-10.

[15] *Idem, ibidem*, p.11.

[16] França, *Code Civil,* Paris, Dalloz, 2000, pp.1009 e 1023, art. 1382: Tout fait quelconque de l" homme, Qui caise à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. Art. 1383:" Chacun est responsable du dommage qu"il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence". O assunto está no título 4º, que trata das obrigações extra-contratuais, capítulo 2º, dos delitos e quase- delitos. Foi por influência do Código de Napoleão que o Código Civil de 1916 consagrou, no art.159, a teoria da culpa. *Vide* Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, p.7.

[17] Alemanha, *Código Civil (B.G.B)*, art.823. " No momento em que se processava a codificação brasileira, a última palavra era dada pelo Código civil alemão, que acabava de ser promulgado...Embora o *[...]*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0106

2.2.3. *Elementos* - Três são os elementos que integram o conceito de responsabilidade civil: o subjetivo, que consiste no comportamento voluntário, no "nexo casual entre o ato e o agente, entre a ação e aquele que a pratica"[18] ; o formal, ou seja, "a violação do dever jurídico imposto por lei"[19]; e o material ou objetivo, que consiste no dano patrimonial ou moral, causado pelo ato ilícito.

2.2.4. *Efeito* - O que resulta da responsabilidade civil ? A reparação do dano, a indenização da vítima. Mas, como reparar o dano ? Como fixar o *quantum* da indenização ? A resposta da jurisprudência romana era: *id quod interest*, ou seja, aquilo que interessa [20] . O legislador brasileiro nos remete para as normas indicadas no art. 159, *retro* citado, *in fine*, para a resposta cabal a essas indagações.

2.2.5. *Distinção entre obrigação e responsabilidade* - Diz-se que a teoria do ato ilícito está em decadência, diante do prestígio da responsabilidade objetiva, da responsabilidade sem culpa, *ex re*, que independe de dolo e de culpa. SAN TIAGO DANTAS afirma que as dúvidas e as controvérsias sobre a matéria são devidas, em grande parte, a não se dar importância à distinção, feita por BRINZ, ainda em 1874, entre responsabilidade e obrigação. Deixemos que ele próprio explique a doutrina do jurista austríaco e exemplifique:"A primeira diferença que se tem de fazer entre a obrigação e a responsabilidade é que, em toda obrigação, há um dever jurídico originário - e na responsabilidade, se tem um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro. Um homem toma emprestado de outro uma quantia, constituindo-se, portanto, seu devedor. Tem-se uma obrigação. O devedor tem o dever de pagar e o credor, o direito de receber; esse dever jurídico, que pesa sobre o devedor, é uma obrigação, porque é um dever jurídico originário. Formou-se, em consequência deste contrato, que foi o mútuo. Outro exemplo: um homem oferece os seus serviços profissionais a outro, que o contrata. Existe aí uma obrigação sobre o devedor, que é quem vai prestar o serviço - pesa uma obrigação de fazer e essa obrigação é obrigação porque é um dever jurídico originário. Esse homem, porém, que tinha de prestar os seus serviços ao outro, não cumpre a sua obrigação; viola o dever jurídico originário. Que acontece ? Surge daí um outro dever jurídico, que é o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. O devedor será o mesmo, mas em vez do dever a que anteriormente estava adstrito - o trabalho, ele passa a dever uma nova coisa: a composição do prejuízo; passa a dever o *id quod interest*. Este segundo dever é sucessivo; toma o lugar do primeiro. Diz-se, então, que isto não é uma obrigação: é uma responsabilidade"[21].

[...] Código alemão fosse de 1897 e o Código brasileiro tenha sido projetado em 1899, os trabalhos preparatórios do Código civil alemão já eram de há muito tempo largamente conhecidos... O Código civil alemão abandonou a classificação de delito e quase- delito e no lugar desta dictomia erigiu um conceito único - o conceito de ato ilícito. O ato ilícito era, como já se disse, uma criação dos pandectistas do século XIX e, por conseguinte, o código de 1897, filho direto daquela doutrina, não podia deixar de consagrar as suas principais inovações". San Tiago Dantas, Clementino, op.cit., p. 352.

[18] San Tiago Dantas, Clementino, *op.cit.*, p.353.

[19] *Idem, ibidem*, p. 356. O Código Civil Brasileiro, no artigo 159, fala em "violar direito", ao invés de violar dever. Tanto faz, diz San Tiago Dantas, pois, "todo aquele que não cumpre o seu dever, viola o direito da parte contrária". *Ibidem*, p.356.

[20] Vide Robertis, Francesco M. de - "*Quanti res est - Id quod interest - nel sistema della grande compilazione (contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustinianeo)*", *in Scritti Varii* di *Diritto Romano*, v. I, Bari, Cacucci Editore, 1987, pp. 519-533.

[21] *Idem, ibidem*, p.359.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0106

RESPONSABILIDADE CIVIL DO TUTOR

A tutela, que, como já vimos, era, inicialmente, um poder, no lugar do pátrio poder, e cuidava mais da família e do patrimônio familiar, passou a ser um instituto de proteção daquele que, em razão da idade, era incapaz de exercer seus direitos. Essa proteção interessava não só ao pupilo e sua família, mas também à sociedade e ao Estado. Daí porque se tornou um *munus publicum,* e, como tal, chegou aos nossos tempos [22]. Quando a tutela era simples *potestas*, a responsabilidade do tutor era menor. Não cuidava ele da criação e da educação do pupilo, como o *paterfamilias*, com relação ao seu filho. Cabia-lhe, basicamente, cuidar da administração dos bens do pupilo, não sendo, contudo, obrigado e dela prestar contas. Como *munus publicum*, a tutela ampliou a responsabilidade do tutor.

Vamos analisar a questão, primeiramente no Direito Romano, e, depois, no Direito Brasileiro.

3.1.*Direito Romano* - A proteção dispensada ao pupilo pelo tutor era exercida de duas maneiras: pela gestão de negócios (*negotiorum gestio*) e pela interposição da autoridade (*auctoritatis interpositio*). O primeiro caso ocorria quando o pupilo era infante (*infans*), menor de 7 anos, absolutamente incapaz. Como, na época, não se admitia ainda a representação, o tutor, como gestor de negócios, não era o representante do pupilo, como hoje o é. Os bens do pupilo, durante a tutela, como que se confundiam, num só patrimônio, com os bens do tutor. [23]. Cessada a tutela, processava-se a separação. Dava-se o segundo caso, quando o pupilo, ainda impúbere, ou seja, maior de 7 e menor de 12 ou 14, era assistido pelo seu tutor, que lhe supria a incapacidade, sempre que necessário fosse. Ora, o tutor podia falhar, tanto no dever de gerir, diligentemente, os negócios do pupilo, quanto no de prestar-lhe a devida assistência, sendo civilmente responsável pelos prejuízos causados ao pupilo pelo seu comportamento faltoso. Para que o pupilo estivesse sempre protegido, várias medidas foram providenciadas, umas de natureza repressiva, outras, de caráter preventivo. [24]

3.1.1. *Medidas processuais repressivas* - Dentre as principais, estão a *accusatio suspecti tutoris,* a *actio de rationibus distrahendis,* a *actio tutelae,* a *actio subsidiaria,* a *actio negotiorum gestorum* e a *restitutio in integrum minorum.* Repassemos, ligeiramente, cada uma delas.

---

[22] Bevilaqua diz: " A tutela é um encargo público". Bevilaqua, Clovis - *Código Civil Brasileiro Comentado*, vol. 2, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1960, pp. 321 e 337. Kaser explica, com muita clareza: "La tutela es concebida como un deber y una carga impuesta en interes público (munus). El de tutor es un cargo, no obstante privado, y la función del Estado se limita a ser una función inspectora del tutor, cada día más intensa". Kaser, Max, *Derecho Romano Privado*, versión directa de la 5a . ed. alemana, 2ª ed., Madrid, Reus, 1982, p. 286. Vide Pinto, Agerson Tabosa - *Direito Romano*, Fortaleza, Editora da UFC, 1999, pp. 187-188; Torrent, Armando - *Manual de Derecho Privado Romano,* Zaragoza, Libreria Generale, 1987, p. 567.

[23] A gestão de negócios era um quase-contrato. Por isso, diz Volterra: i rapporti obbligatori patrimoniali fra tutore e pupillo nascenti dalla gestione e amministrazione dei beni pupillare ... tutelati daí *judicium tutelae* e dal *contrarium judicium tutelae,* sono classificati daí justinianei fra e *quasi-contractus.* Volterra, Edoardo, Roma, Sapienza Editrice, 1980, p. 551.

[24] A nomenclatura é de Margadant S., G. F., *El Derecho Privado Romano*, 19ª ed. Neucalpan, México, Esfinge, 1993, p. 224. Bonfante refere-se a "mezzi juridici" e" garanzie preventive". Bonfante, Pietro, *Corso di Diritto Romano*, v.I, *Diritto di Famiglia,* Milano, Giuffrè, 1963, pp. 611-612.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0106

3.1.1.1. *Accusatio suspecti tutoris* [25] Trata-se de um *actio popularis* antiga, já prevista na Lei das XII Tábuas, movida inicialmente, contra o tutor testamentário, sob suspeita de má administração dos bens do pupilo. Se tivesse agido com dolo, podia perder a função e se tornar infame.

3.1.1.2. *Actio rationibus distrahendis*[26] Era uma ação penal também muito antiga, movida contra o tutor legítimo, que houvesse subtraído bens do pupilo. A condenação era indenizar o pupilo em dobro, pena que não podia passar para herdeiro do tutor.

3.1.1.3. *Actio tutelae* [27] Originária do final da República, esta ação é mais ampla, pois protegia o pupilo contra qualquer falta do tutor, cometida quer por gestão de negócios, quer por interposição de autoridade. Através dela, pleiteava-se a indenização de todos os prejuízos sofridos pelo pupilo, podendo ainda o tutor tornar-se infame. Cabia ao tutor, conforme DI PIETRO, "ejercer un *judicium contratrium (actio tutelae contraria)*, para obligar al pupilo a pagar los adelantes de gastos hechos por él con fondos fuera de la tutela, y a propósito del exercício de ésta [28] .

3.1.1.4. *Actio subsidiária* [29] O pupilo podia também interpor ação contra os magistrados (e seus herdeiros), encarregados de exigir garantias pessoais para o patrimônio do pupilo. Essa ação, chamada subsidiária, foi instituída por Trajano.

3.1.1.5. *Actio negotiorum gestorum* [30] Era una acción civil, *in jus* y de buena fe, derivada del quasi contrato de gestión de negocios, diversificada en una acción directa y otra contraria". [31] Esta ação concorria com a *actio tutelae*, em favor do patrimônio do pupilo.

3.1.1.6. *Restitutio in íntegrum minorum* [32] Ao pupilo assistia-lhe também utilizar o remédio processual, intitulado *restitutio in íntegrum minorum,* pelo qual pleiteava a anulação de todos os atos, de responsabilidade do tutor, que lhe tenham sido prejudiciais.

3.1.2. *Medidas administrativas preventivas* - Ao lado das ações que objetivavam penalizar o tutor, pelo descumprimento de seus deveres funcionais, e ressarcir o pupilo dos prejuízos decorrentes da má administração de seus bens, várias providências de caráter preventivo foram tomadas, com vistas a proteger, ainda mais, a patrimônio do pupilo. Entre elas, estão as seguintes:

3.1.2.1 *Inventário* - O tutor teria que fazer, ao começar o exercício da tutela, um levantamento completo dos bens do pupilo, denominado inventário, sob os cuidados dos tabeliões da época (*tabularii*) [33] .

---

[25] Lei das XII Tábuas, 7,13; D., 26,10,1,1 e 2, Ulpiano; G., 1, 182; I, 1 26, pr.

[26] D., 26,7,55, 1, Trifonino; 27,3,2, pr., Paulo.

[27] D. 27,3,1, pr. e 3, Ulpiano; G., 191; 4, 182; I., 3, 27, 2.

[28] Di Pietro, Alfredo, *Derecho Privado Romano,*Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 338.

[29] D., 27, 8,1, Ulpiano; I, 1,24,2; Cod. 5,75,5.

[30] D., 3,5,46, Africano; I., 3, 27; Cod., 2, 12.

[31] Di Pietro, Alfredo, *ibidem*, p. 338.

[32] D., 4,4,29, Modestino; 4,4,47, Cévola; Cod., 2,2.

[33] D.,26,7,7,pr. Ulpiano; 26,7,32,pr., Modestino; 27,3,1,3, Ulpiano; Cod., 5,37.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0106

3.1.2.2. *Garantias reais e pessoais* - Para garantir o cumprimento da obrigação principal de administrar bem o patrimônio do pupilo, o tutor colocava seus bens em hipoteca [34] e caucionava, com fiadores, o seu compromisso com o pupilo (*cautio rem pupilli salvam fore*) [35] . A obrigação da fiança era solidária [36] .

3.1.2.3 *Autorização judicial* - A partir de Septimio Severo, o tutor não podia, sem autorização judicial, vender bens de raíz do pupilo. Essa autorização passou , no direito pós-clássico, a ser exigida para todos os outros bens de valor, e continua vigorando até hoje [37] .

3.1.2.4. *Proibições* - Ao tutor lhe era proibido: comprar por si ou através de terceiro, bens do pupilo [38] ; casar-se com a pupila, sem, antes, prestar-lhe contas da tutela; fazer testamento para o pupilo; fazer doações com os bens do pupilo [39] .

3.1.2.5. *Prestação de contas* - É dever do tutor formalizar as contas de sua administração e apresentá-las ao pupilo. Mas , se não o faz, ou, se formalizadas, não as apresenta, responderá , por isso, junto ao juiz da tutela. É o que diz, com toda clareza, fragmento de ULPIANO, constante do Digesto 40 .

3.2. *Direito Brasileiro* - Em Direito Brasileiro inúmeras medidas também podiam ser apontadas, reveladoras de responsabilidade civil do tutor no exercício da tutela. Umas, de caráter repressivo, quando o dever de velar pelo pupilo e seus bens já foi descumprido; outras, de natureza preventiva, evitando que o patrimônio do pupilo se exponha a prejuízos.

3.2.1. *Medidas judiciais* - Mencionaremos, destas, apenas a ação de indenização, ou de perdas e danos, e as medidas cautelares.

3.2.2.1. *Ação indenizatória* - Trata-se de uma ação, por natureza, condenatória."Nela, o autor visa à apuração da existência dos requisitos da pretensão (existência do dano, a culpa, o nexo de causalidade entre uma e outro), e, como consequência, a imposição do efeito ressarcitório ao réu, com a finalidade específica, na conformidade do dano causado, de repor ao *status quo ante*..." [41] .Seu rito pode ser sumaríssimo, se ocorridas as hipóteses previstas nos itens I e II, c e d, do art.275 do Código de Processo Civil [42]. É importante, embora nem sempre fácil, definir quem tem legitimidade ativa (para propô-la) e passiva (para suportar-lhe o ônus). A responsabilidade de reparar o dano pode passar da pessoa da vítima para terceiros ? A res-

[34] Essa hipoteca, tácita e geral, foi instituída por Constantino. Cod. 5,37,20, ano 312.

[35] D., 46,6,1, Paulo; 46,6,9, Pompônio; G.,1,199; I., 1, 24.

[36] D.46,6,12, Papiniano

[37] D.,27,9,1, Ulpiano; e Cod., 5, 37,22, ano 326.

[38] D.,18,1,46, Marciano.

[39] Cod., 5,37,16 (293-304)

[40] D. 27, 3, 1,3, Ulpiano. *Vide* ainda D., 26,7,7,11 e 15, Ulpiano; I., 1,20, 7.

[41] Pereira, Caio Mário da Silva, *op. cit.*, p.328

[42] Brasil, *Código de Processo Civil*, 26º ed., S.Paulo, Saraiva, 1995, art. 275: " Observar-se-á o procedimento sumaríssimo : I - nas causas, cujo valor não exceder vinte (20) vezes o maior salário mínimo vigente no País; II - nas causas, qualquer que seja o valor: c) - de responsabilidade pelo pagamento de impostos, taxas, contribuições, despesas e administração de prédio em condomínio; d) de ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0106

posta é sim, em se tratando de dano material; porém, não, quando o dano é moral. Quanto à responsabilidade solidária, ela não pode ser presumida, " resulta da lei ou das vontades das partes..." [43] .Se tiver mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação [44] . Cabe ao condenado por ação indenizatória, o patrão,v.g., entrar com ação regressiva contra o verdadeiro culpado, o seu empregado, com apoio no artigo 1524 do Código Civil [45] .

3.2.1.2. *Medidas cautelares* - O Código de Processo Civil, em seu artigo 798, diz que, além dos procedimentos cautelares específicos, por ele regulados, "poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação". Entre estas, está a medida provisional contemplada no art. 888. V, do mesmo código, que é "o depósito de menores ou incapazes, castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral".

3.2.2. *Medidas preventivas* - Podemos relacionar, entre essas medidas, o levantamento prévio dos bens do pupilo, as garantias reais e fiduciárias exigidas para o exercício da tutela, em favor do patrimônio do pupilo; a inspecção ou supervisão do juiz a tudo que de importante ocorre com a tutela; o cuidado com os bens do pupilo; as proibições que visam a oferecer maior proteção ao pupilo, e, por fim, a prestação de contas. [46]

3.2.2.1. *Inventário* - Esta providência é de suma importância para a segurança do patrimônio do pupilo: "Os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo especificado dos bens e seus valores, ainda que os pais o tenham dispensado."[47]

3.2.2.2. *Garantias reais e fideijussórias* - O tutor, ao final da tutela, podia ter causado prejuízo ao patrimônio do pupilo e não ter com que repará-lo. Assim, a lei brasileira, seguindo a esteira dos ramanos, obrigou ao tutor, antes de começar a tutela, a hipotecar seus bens, em favor do pupilo. (art. 418) Caso o patrimônio deste seja superior ao valor dos bens sob hipoteca, esta deverá ser reforçada, com caução real, ou fideijussória, como o penhor e a fiança, respectivamente. (art. 419) Essas garantias são tão importantes que o juiz, que delas se descuidar, poderá ser responsabilizado subsidiariamente pelos danos que sofrer o pupilo. (art. 420)

3.2.2.3. *Supervisão judicial* - Além do zelo pelo estabelecimento das garantias referidas, compete ao juiz, evidenciando a relevância do seu papel: providenciar a correção do pupilo (art. 424, II); arbitrar as despesas a serem feitas com o pupilo (art. 425) e autorizar ao tutor: a fazer despesas com a conservação e melhoramento dos

---

[43] Código Civil, art. 896.

[44] Código Civil, art. 1518, *in fine*.

[45] Código Civil, art. 1524: " O que ressarcir o dano causado por outrem, se este não for descendente seu, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago".

[46] Em razão de tantas medidas é que Washington de Barros Monteiro acha que o Código foi excessivamente minucioso no cuidado com os bens do pupilo. *Curso de Direito Civil*, 2º vol., Direito de Família, 34 ª ed. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 320

[47] Código Civil, art 423. Para Clóvis Bevilaqua, "o inventário e a avaliação dos bens são necessários para que se saiba, ao certo, qual é o patrimônio do menor, e que coisas há de o tutor entregar, quando deixar a tutela". *Código Civil Comentado*, op.cit.,p.329

https://doi.org/10.55104/FRDC_0106

bens do pupilo; a receber créditos e pagar dívidas do pupilo; a aceitar heranças, legados ou doações; a transigir; a arrendar os bens de raiz; a vender móveis e imóveis; a propor ações pelo pupilo e defendê-lo nas ações contra ele propostas (art. 427).

3.2.2.4. *Proibições* - A lei brasileira estabeleceu ainda algumas vedações ao tutor, no exercício da tutela, sempre objetivando dar ao pupilo maior proteção. Entre outras, as previstas no artigo 428, a saber: " adquirir por si, ou por terceiro, bens pertencentes ao menor; dispor de bens do menor a título gratuito; constituir-se cessionário de crédito, ou direito, contra o menor".

3.2.2.5. *Prestação de contas* -_ O tutor é obrigado a prestar contas da administração dos bens do pupilo: (art. 434) de dois em dois anos; no final da tutela, ou quando o juiz achar conveniente. (art. 436) No final de cada ano, será submetido ao juiz um balanço, resumindo as receitas e as despesas. (art. 435)

3.3. *Legislação Comparada*

Por fim, vamos cotejar o que dispõe sobre a matéria a legislação brasileira com dispositivos de outras legislações contemporâneas. Restringimos nossa pesquisa a códigos civis de 8 Estados - Brasil, França, Espanha, Itália, Portugal, Argentina, Peru e México. Selecionamos 8 ítens, intimamente relacionados com a responsabilidade civil do tutor e mostramos os artigos em que estão contemplados.[48] Verificamos que os dois primeiros ítens - responsabilidade civil, *in genere*, e responsabilidade civil do tutor - foram consideradas em todos os códigos, como originários da doutrina do ato ilícito, que, por sua vez, surgiu do delito *damnum injuria datum* e dos quase-delitos. O Código brasileiro, por exemplo, ainda agasalha algumas impropriedades. Quando define, no art. 195, o ato ilícito, contrapõe ação ou omissão voluntária, que caracterizam o dolo, a negligência e imprudência, circunstâncias que definem a culpa. Já no art. 431, onde está definida a responsabilidade do tutor, é mantida a contraposição entre dolo e culpa, mas aparece negligência, ao lado de culpa, como se nesta não estivesse contida ou subsumida. Nota-se que os códigos mais recentes são mais enxutos e precisos. Vejam como o de Portugal enuncia o princípio geral da responsabilidade civil: "Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios, fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação." [49]

[48] Vide quadro 3.3. - Legislação comparada. p. 11

[49] Portugal, *Código Civil*, Coimbra, Almedina, 1986, art. 483.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0106

3.3. Legislação comparada - Códigos Civis Atuais (Artigos)

	Brasil	França	Espanha	Itália	Portugal	Argentina	Peru	México
1.Responsabilidade civil	159	1383	1902	2043	483	1066/1067	1969	1910
2.Responsabilidade civil do tutor	431	450		370 382	1945,1	413 e 433	525 526	536
3.Inventário dos bens do pupilo	423	451	262	362 370	1943	417-419 422	520,1	537
4.Garntias reais e fiduciárias	418 419	2121 -	- 260	- 381	- -	- -	520,2 520,2	519/534
5.Supervisão judicial	422 427	468 470	232 233	374 375	1938 1941	424-427 443	531	561
6.Depósitos de títulos e valores	434 436	452 453	265	269 373	1936	424-426	521	557
7.Aplicações	432	455	274	372	1936	424	524	522
8.Prestação de contas	434/ 441	469/474	269.4 279	380 385	1944 e 1947	421 458/467	540/ 547	590/605

Talvez haja ainda muito apego à tradição, au imitacionismo, que, no campo da linguagem, parece um tanto servil. Os romanos, por exemplo, haviam dito que a diligencia com que o tutor se obrigava a administrar os bens do pupilo devia ser a do *bonus paterfamilias*. Ora, alguns códigos acharam por bem manter a expressão: bom pai de família (art. 1935,2 do código português); bon père de famille (art. 450 do código francês); bueno padre de familia (art. 413do código argentino, e 270 do espanhol); buon padre di famiglia (art. 382, do código italiano).Ora, o elemento aculturado não que ser exatamente igual ao existente na cultura transmissora. Ao ser recepcionado, pode sofrer modificações, que, se espera, para melhor. Quanto ao inventário, referencial básico, indispensável à preservação do patrimônio do pupilo, os direitos modernos o recepcionaram do Direito Romano, até com a sua denominação original (*inventarium,* de *invenire* = encontrar, achar). Não sabemos explicar porque os códigos de Portugal e da Argentina dispensaram as medidas de garantia (penhor, hipoteca e fiança), já utilizadas pelos romanos para caucionar os bens do pupilo, e aculturadas pelos outros códigos. Entre as garantias reais, os códigos pesquisados, seguindo, em sua maioria, a tradição romana, privilegiaram a hipoteca. Os do Peru e do México estão entre a minoria, pois exigem, como garantias da tutela, a hipoteca ou o penhor, indiferentemente.[50] A garantia fideijussória é utilizada hoje na falta (Peru) ou na insuficiência (Brasil) da garantia real. [51] Como na Roma antiga, a autoridade judicial desempenha hoje importante papel, inspecionando o exercício da tutela. Ao lado da magistratura, aparece atualmente o ministério público ou fiscal, revelando o crescente interesse do Estado na administração da tutela. [52] Em alguns países, onde há conselhos de família, como na França, supervisionando a função tute-

[50] Peru, Código Civil, Lima, Ed. Rodar, 1996, art. 520, 2. Mëxico, Código Civil, México, DF, Porrua, 1993, art. 419, I.

[51] Peru, *Código Civil*, art. 520.2; Brasil, Código Civil, 419.

[52] *Vide Código Civil* de Portugal, art. 1949. E Espanha, *Código Civil*, Madrid, Civitas, 1994, art. 232.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0106

lar, o juiz é o seu presidente. [53] Noutros, há um Ministério dos Menores, como na Argentina, sob cuja inspeção, a tutela é exercida. [54] Os valores e títulos, pertencentes ao pupilo, não devem ficar em poder do tutor, mas, sim, depositados em estabelecimentos especializados. Quanto às aplicações, são recomendadas aquelas de maior rendimento. [55] Por fim, a prestação de contas, que, para alguns autores, é a maior garantia da tutela, apresenta-se como exigência, em todos os códigos. [56] Nuns, com mais detalhes, noutros, com menos. [57]

CONCLUSÃO

4.1. O Direito Romano não elaborou uma teoria sobre o ato ilícito ou sobre a responsabilidade civil, mas os seus alicerces e fundamentos já podem ser contemplados no delito *damnum injuria datum,* nos quase-delitos e nos quase-contratos.

4.2. O Direito Brasileiro, por sua vez, assentou sua doutrina da responsabilidade civil não somente no conceito de ato ilícito do Código de Napoleão, mas também no do Código Civil Alemão, cuja doutrina de apoio já era muito conhecida no final do século XIX.

4.3. Muito ampla era no Direito Romano a responsabilidade do tutor, por não ser a tutela um simples poder privado, mas, antes, um *munus públicum.* Podia ser responsabilidade criminal, quando a conduta do tutor fosse tipificada como crime, contra a qual cabia a promoção de ações penais. Mas podia também ser responsabilidade civil, quando essa conduta, embora prejudicial ao pupilo, não reclamasse punição, mas somente ressarcimento.

4.4. Essa situação perdurou no Direito moderno e, particularmente, no Direito Brasileiro. Além dos crimes que o tutor pode cometer, quando do exercício da tutela, pelo que e responsável criminal, pode ser também responsável civil por atos ilícitos cometidos em prejuízo do pupilo.

4.5. Pela pesquisa feita, embora muito restrita, de legislação comparada, verifica-se que a origem da responsabilidade civil do tutor, nos códigos pesquisados, é a mesma - a fonte romana - e que são as mesmas, e inspiradas em Roma, as medidas que, em favor do pupilo, pretendem manter a tutela como encargo de interesse público.

---

[53] *Código Civil da França*, art. 415

[54] Argentina, *Código Civil*, Buenos Aires, El Foro, 1993, art. 381.

[55] Itália, *Codice Civile*, Milano, Giuffrè, 1993, arts. 372-373.

[56] *Vide* Monteiro, Washington Barros, *Curso de Direito Civil*, op.cit.,p.321

[57] O Código Civil do México lhe dedica, 15 artigos, e o da Argentina, 10, enquanto o de Portugal, apenas 2.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0106

BIBLIOGRAFÍA

ARGENTINA, *Código Civil*, Buenos Aires, El Foro, 1993, art. 381.

BEVILAQUA, Clóvis - *Código Civil Brasileiro Comentado*, vol. 2, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1960

BONFANTE, Pietro, *Corso di Diritto Romano*, v.I, *Diritto di Famiglia,* Milano, Giuffrè, 1963

BRASIL, Código Civil, São Paulo, ed. Oliveira Mendes, 1998 Código de Processo Civil, 26º ed., São Paulo, Saraiva, 1995

CORRAL, Indefenso L. Gárcia del - Cuerpo del Derecho Civil (Corpus Juris Civilis), 6 vols. Valladolid, Lex Nova, ed. Facsimilar, Barcelona, Molinas, 1892.

DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano,* Buenos Aires, Depalma, 1996

ESPANHA, *Código Civil*, Madrid, Civitas, 1994

FRANÇA, *Code Civil,* Paris, Dalloz, 2000

GÁRCIA, César Rascón, *Manual de Derecho Romano,* 2º ed., Madrid, Tecnos, 1996

ITÁLIA, *Codice Civile*, Milano, Giuffrè, 1993

KASER, Max, *Derecho Romano Privado*, versión directa de la 5ª . ed. alemana, 2ª ed., Madrid, Reus, 1982

MARGADANT S., G. F., *El Derecho Privado Romano*, 19ª ed. Neucalpan, México, Esfinge, 1993

MEIRA, Silvio - A Lei das XII Tabuas, 2º ed. Rio de Janeiro, Forense, 1961

MONTEIRO, Washington de Barros - *Curso de Direito Civil*, 2º vol., Direito de Família, 34 ª ed. São Paulo, Saraiva, 1997

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade Civil*, 9ªed.,Rio de Janeiro, Forense,1998

PERU, *Código Civil*, Lima, Ed. Rodar, 1996

PINTO, Agerson Tabosa - *Direito Romano,* Fortaleza, Editora da UFC, 1999

PORTUGAL, *Código Civil*, Coimbra, Almedina, 1986

ROBERTIS, Francesco M. de - "Quanti res est - Id quod interest - nel sistema della grande compilazione (contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustinianeo)", in Scritti Varii di *Diritto Romano*, v. I, Bari, Cacucci Editore, 1987

RUGGIERO, Roberto de - *Instituições do Direito Civil (Istituzioni di Diritto Civile)*, II, Campinas, SP, Bookseller, 1999,

SAN TIAGO DANTAS, Clementino, *Programa de Direito Civil,* Parte Geral, 2ªed, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1979

SILVA, De Plácido e - *Vocabulário Jurídico*, 15 ªed.,Rio de Janeiro, Forense,1999

TORRENT, Armando - *Manual de Derecho Privado Romano,* Zaragoza, Libreria Generale, 1987

VOLTERRA, Edoardo, Roma, Sapienza Editrice, 1980

https://doi.org/10.55104/FRDC_0106