

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS POR ATOS PRATICADOS PELOS FILHOS MENORES

Maria Carolina Souza Lopes Almeida

RESUMO

No presente estudo será estudado a responsabilidade civil com uma análise da responsabilidade dos pais pelos atos praticados pelos filhos menores. Será abordado uma nova realidade de fatores no parâmetro familiar como ausência dos pais, a independência e o amadurecimento precoce dos menores que contribuem com danos causados por eles, com envolvimento do poder familiar que resulta ou não em obrigações aos pais perante seus filhos. Ainda, será analisada a guarda compartilhada em seu conceito e aspectos polêmicos entre doutrina e jurisprudências e na responsabilidade dos guardiões daqueles que não vivam sob o mesmo teto, decidindo a vida da criança, ambos pela educação, assistência material e moral.

Palavras chave: Responsabilidade civil; poder familiar; guarda compartilhada.

INTRODUÇÃO

O tema responsabilidade dos pais por atos praticados pelos filhos menores é cercado de discussões e controvérsias e apresenta grande relevância para o Direito. A responsabilidade civil sofreu alterações no desenvolvimento da sociedade podendo ser definida como a obrigação de uma pessoa ressarcir o prejuízo causado a outrem ou até mesmo um terceiro de sua responsabilidade.

Enquanto seus filhos são menores precisam formá-los a partir da implementação de comportamentos tidos como adequados à convivência pacífica de uma comunidade, dentro e fora de casa, assim evitando atos ilícitos. Uma falta de orientação, uma palavra não dita ou um gesto feito sem pensar pode mudar uma pessoa, sobretudo, enquanto esta ainda é jovem e está em desenvolvimento biopsicossocial. Procura-se aqui diminuir parte das problemáticas que rondam o tema e tratar das suas peculiaridades, a fim de aprender em que medida e extensão se dá a responsabilidade civil dos pais por atos cometidos pelos filhos menores e observar como os tribunais brasileiros têm tratado o tema recentemente. Pela ordem natural da vida, os pais são responsáveis por toda atuação danosa atribuída aos seus filhos menores de idade por meio de sua qualidade de autoridade parental.¹

A responsabilidade paterna por atos cometidos por seus filhos tinha previsão legal no Código Civil de 1916, em seu artigo 1.521, que consignava: “São também responsáveis pela reparação civil: I – Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. [...]”. **Responsabilidade civil** é o dever de reparar os danos provocados numa situação onde determinada pessoa sofre prejuízos jurídicos como consequência de atos ilícitos praticados por outrem. Dentro de responsabilidade civil, temos uma modalidade de responsabilidade por fato de

¹ <https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/325854683/responsabilidade-civil-dos-pais-por-atos-praticados-pelos-filhos-menores>

outrem, onde os pais que estiverem a autoridade do menor serão responsáveis pela reparação na esfera civil. Como já dito, a expressão “poder” tornou-se ultrapassada, de modo que o contato direto e físico com o menor não basta para análise da responsabilidade civil, sendo muito mais apropriada a utilização da expressão “autoridade” conferida na nova redação do Código Civil de 2002, sendo que os filhos devem ter respeito para com os seus genitores, e estes devem exercer, da melhor forma os deveres atinentes ao poder familiar. Dessa forma, o Código Civil de 2002 trouxe a teoria objetiva para a aferição da responsabilidade dos pais por atos de seus filhos no dispositivo 933, inovando também no artigo 932, in verbis: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; [...]”. Como se vê, há dois fatores primordiais para a responsabilidade objetiva e indireta dos pais, quais sejam: a menoridade da prole compreendida como sua não emancipação e a atribuição do exercício pleno do poder familiar, abarcando, entre suas características, a guarda do infante, posto que o referido artigo exige a expressão “em sua companhia”, o que será o cerne do presente estudo.²

Há um motivo de grande relevância para que os atos ilícitos praticados pelos menores sejam ressarcidos por seus pais, tendo em vista as condições financeiras para dispor. Esse motivo se caracteriza pela presença do poder familiar no dever de vigilância e guarda, deveres que os pais têm sobre seus filhos, e na falta de vigilância é gerado o dever que é passível de reparação que atinge as condições financeiras. A legislação é expressa em relação às obrigações e direitos de ambos, mesmo no caso de separação entre os genitores, quando o filho passa a residir com apenas de um dos pais, em guarda unilateral, por exemplo.

O fato do menor não estar em companhia de um deles, não extingue o dever de zelo, acompanhamento, educação e também não deverá resultar da isenção do não guardião quanto às responsabilidades pelos atos ilícitos

² <https://jus.com.br/artigos/53012/responsabilidade-civil-do-genitor-que-nao-detem-a-guarda-pelos-atos-cometidos-por-menor-nao-emancipado/3>

praticados pelo filho menor. Existem situações excepcionais em que o pai não guardião pode exprimir a responsabilidade, quando provado, foi impedido de exercer a sua autoridade de genitor.

Trazendo esse complexo tema da responsabilidade civil dos pais, será feita uma análise das hipóteses de excludentes dos pais em situações de separação e divórcio, responsabilização nas ocasiões de guarda unilateral e compartilhada entre genitores, demonstrando se isentos ou não os responsáveis legais.

Capítulo I – Breves considerações sobre a família

As relações familiares sofreram, nos últimos anos, transformações radicais. Pode-se dividi-las em dois âmbitos: relação entre os cônjuges e relação entre pais e filhos.³ Anteriormente, no início e meio do século passado, a família tradicional se baseava em um estereótipo no qual o pai tinha o poder sobre a família e a mãe e os filhos lhe deviam obediência baseado no respeito entre eles. A relação entre cônjuges era formada na divisão de tarefas pelo casal, sendo que era dever da mulher educar os filhos e cuidar da casa, enquanto o marido autorizava ou não as decisões do grupo familiar e sustentava financeiramente a casa, sendo ele, portanto, o chefe da casa. Depois da metade do século passado e no presente, com a revolução na sociedade e a emancipação da mulher nesse contexto, inclusive adquirindo direitos e espaço que antes eram somente concebidos ao sexo masculino, a mesma se tornou participativa, o que influenciou nas relações familiares e conseqüentemente na criação dos filhos, inclusive com as vezes a inversão dos papéis.

O movimento de emancipação da mulher e a proteção ao menor foram, no passado, impulsionadores de mudanças e alterações no direito da família. Tal instituto continua a atravessar período de mudanças, visto o crescimento precoce dos menores, o afastamento dos pais do lar, a violência juvenil e o afrouxamento da disciplina familiar.⁴

Na situação atual da sociedade, admite-se que a principal responsabilidade dos pais não é mais, como outrora, a vigilância, mas sim a educação dos seus filhos. Vigiar tomou-se, na prática, muito difícil de se realizar, visto que na maioria das famílias ambos os progenitores se encontram fora de suas casas, longe da companhia de seus filhos, no intuito de trabalhar e obter proventos para sustentar o núcleo familiar.⁵

³ Maria de Fátima Abrantes Duarte, O poder paternal. Contributo para o estudo do seu atual regime, 9, Lisboa, AAFDL, 1989.

⁴ Antonio D'Aronco, Responsabilità Civile di genitori, tutori, precettori e maestri d'arte, Udine, Roberto Vattori Editore, 1989, p.272.

⁵ Raymond Legeais. La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation des

A relação entre pais e filhos, que antes era baseada no temor da autoridade paternal, transformou-se em respeito mútuo. A família não é mais constituída por um chefe com poderes indiscutíveis, mas sim por membros que possuem direitos e deveres. É oferecida à juventude maior liberdade de expressão e ação, seus limites e autonomia são cada vez mais ampliados pela sociedade, dificultando assim a vigilância pelos pais de suas atividades. Deste modo, a educação, nos tempos modernos, passou a ser quase que exclusivamente a única obrigação legítima e exigível dos pais. Deve-se ainda lembrar que até mesmo esta vem se transformando a cada dia em um somatório de influências, não só familiar, mas oriunda inclusive da própria sociedade e Estado, através dos meios de comunicação.⁶

Surgem, entretanto, outros aspectos gerais a serem analisados: relativamente ao instituto da responsabilidade civil, a crescente aproximação da responsabilidade objetiva com a superação do princípio da culpa, relativamente ao direito da família, à autonomia progressiva dos menores, e à responsabilidade dos pais após o divórcio, anulação ou separação judicial.⁷ Sendo assim, é preciso analisar a autonomia da criança e do adolescente em confronto com a autoridade parental, com o objetivo de tentar identificar os limites entre o dever de cuidado dos pais após o divórcio ou separação e o processo de emancipação do menor

1.1 Responsabilidade dos pais decorrente ao poder familiar

O Código Civil de 2002 traz o termo poder familiar que significa: um conjunto de direitos e deveres que os pais exercem sobre seus filhos. Tal poder-dever indica que ambos os genitores o exercem em iguais condições.⁸

danos causados por menores, In "Misturas dèdiés" Grabiél Marty ", Universidade de Ciências Sociais de Toulouse, 1978, p. 775

⁶ Jeovanna Malena Wana Alves, Responsabilidade Civil dos pais pelos atos dos filhos menores, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.07.

⁷ Maria Clara Sottomayor, A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores, p. 404.

⁸ Lei 8.069/90: "Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer um deles o direito

Para que os pais sejam responsabilizados pela reparação civil dos menores é requisito que o menor esteja sob o poder familiar dos pais, ou seja, sob sua autoridade e companhia.⁹ Conforme o art. 1634 do Código Civil de 2002, os pais ao exercício do poder familiar tem a obrigação de guiar a criação de seus filhos, educar e ter sob sua companhia e guarda, concedendo ou não o consentimento de se casar, ou se não puder exercer o poder familiar, nomear um tutor por testamento para representá-lo até os atos da vida civil, exigindo obediência e respeito.

Para Sérgio Cavalieri Filho:

Essa espécie de responsabilidade tem por fundamento o vínculo jurídico legal existente entre pais e filhos menores, o poder familiar, que impõe aos pais obrigações várias, entre as quais a de assistência material e moral (alimentos, educação, instrução) e de vigilância, sendo esta nada mais que um comportamento da obra educativa.¹⁰

Cumprе destacar que em consonância ao art. 19 do Estatuto da Criança e Adolescente todo menor tem direito a ser criado e educado no seio da sua família.¹¹

1.2 Das excludentes de responsabilidade aplicáveis aos genitores

Em determinadas situações, mesmo os pais em seu dever de educar, cuidar e vigiar no domínio do poder familiar poderá ocorrer o fato do menor causar danos a terceiros que não podem ser evitados pelos pais. Nesses

de, em caso de discordância recorrer à autoridade judiciária competente para solução da divergência.”

⁹ BEGALLI, Paulo Antônio. Responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos menores. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 133.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 239

¹¹ Lei 8.069/90: “ Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

casos, o legislador permitiu que os pais exonerem-se da obrigação de ressarcir o prejuízo em decorrência de quando fugisse de sua competência.

Caio Mário da Silva Pereira, sabiamente o conceitua responsabilidade dos pais 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”¹².

As legislações, como a Lei nº8.069/90 (art.21 e seguintes) e o Código Civil (arts, 1.132 e 1.636), deixam claras que as obrigações de pai e mãe são as mesmas, independente de separação, quando o filho passa a residir com apenas um deles.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, os pais podem se exonerar da responsabilidade se comprovar que, jurídica e justificadamente, perderam o poder de direção do filho menor, cabendo-lhe o ônus dessa prova. O poder de direção encontra-se inerente ao poder familiar, diretamente relacionado ao fato de os menores estarem sob autoridade e companhia dos pais, conforme dispõe o inciso I do art. 932.¹³ Nessa situação, Vaneska Donato de Araújo preceitua que os genitores devem comprovar que não possuíam a obrigação de vigiar e fiscalizar o filho menor por razões alheias a sua vontade, a exemplo do filho que foge de casa, envolve-se com drogas, esteja em local desconhecido, dentre outras. Desse modo, verifica-se que se torna impossível aos responsáveis exercer o poder de autoridade sobre os filhos.¹⁴

Nesse sentido assevera Sérgio Cavalieri Filho:

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

¹² (PEREIRA, 2004, p. 421)

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 240.

¹⁴ ARAÚJO, Vaneska Donato. Responsabilidade civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 149.

Se o ato danoso for comprovado que de fato, foi praticado pelo filho menor, os pais não serão responsabilizados, pois os filhos poderiam estar em situações desconhecidas dos pais, em relação a vigilância e guarda dos mesmos. Poderá ocorrer, o pai, mesmo morando longe do filho em certas situações, ser chamado a responder pelo dano, se verificar se o poder familiar persiste com os deveres de orientação e vigilância.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

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

Por outro lado o Superior Tribunal de Justiça já flexibilizou esse entendimento, em situação que o genitor não possuía a guarda, nem habitava no mesmo domicílio do menor, de modo que não haveria como o pai evitar a ocorrência do dano:¹⁵

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

¹⁵ Cristiano Chaves Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosendal criticam tal decisão pois não consideram correta a isenção da responsabilidade dos genitores pela comprovação que estes não concorreram com culpa para o dano, tendo em vista a clara opção da lei civil pela responsabilidade objetiva. Em: Novo tratado de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2015. p. 606.

do v. acórdão recorrido, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima. V – Recurso especial desprovido. (Grifo nosso).

1.3 Guarda exercida por um dos pais

A discussão começa quando há a separação entre os pais e a partir daí inicia a disputa judicial pela guarda dos menores. Não há um consenso na solução desse problema, cabendo ao juiz analisar a situação, ponderar e decidir sobre a guarda deles. Buscando solucionar, a guarda compartilhada seria um resultado para ambas as partes, unir a família, evitar as diferenças após a ruptura conjugal. O bom relacionamento entre eles irá gerar certo conforto para os filhos.

A responsabilidade do pai pode ser intermitente, ou seja, cessando e restaurando a medida que se delega a vigilância do menor a outrem, seja uma instituição de ensino, seja a um dos pais, caso sejam separados, entre outros.¹⁶

O poder familiar é pressuposto para responsabilização dos pais pela conduta ilícita do menor, logo a falta de guarda desconfigura esta relação. Depreende-se do art. 1.631 do CC/2002 que compete aos pais o poder familiar, muito embora na falta de um deles caiba ao outro exercê-lo com exclusividade. E como a guarda é indivisível, excetuando os casos de guarda compartilhada, somente um dos pais poderá mantê-la, logo aquele que não a detém não se obriga.¹⁷

Quando a guarda é exercida por um dos pais seria resultado de uma separação judicial ou abandono de um dos responsáveis. No primeiro caso, a jurisprudência majoritária afirma que independente de quem esteja a guarda,

¹⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 750.

¹⁷ Código Civil Brasileiro de 2002: “Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.”

aquele que detém a guarda responde pelo ato ilícito, não há o que se falar em responsabilização daquele que não detém o poder familiar. A outra parte da doutrina vem trazendo a ideia que mesmo o menor sendo abandonado pelo pai, este será responsável pela conduta ilícita do menor.

A título de exemplificação, o Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo é de que a regra geral é que os pais sejam responsáveis por atos praticados por seus filhos incapazes. Muito embora, caso o pai nunca tenha mantido contato com o menor, deve ser afastada a sua responsabilidade sob a prática da conduta danosa, sendo assim resta somente à mãe a responsabilidade.¹⁸

Neste mesmo sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo entende que para que subsista a responsabilidade dos pais pelos atos lesivos dos filhos é indispensável que os tenham sob seu poder e em sua companhia, logo haverá ilegitimidade passiva do pai que não possui os poderes de vigilância.¹⁹

1.4 Dano causado à pessoa no dever de vigiar o menor

Ambos os pais dividem a responsabilidade nas decisões, a eles tem o dever de guarda e vigilância tão debatido. Possuem o poder familiar como descreve o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ocorre que quando a guarda é delegada, os pais passam a responsabilidade de vigilância e ela poderá ser intermitente, ou seja, não é contínua. Grande exemplo seria quando o menor estiver na instituição de ensino, os pais não responderam por seus atos nesse

¹⁸ TACSP, AP 1.016.898-8, 2.^a C., j. 21.11.2001, rel. Min. Morato de Andrade, *DJU* 16.12. 2001, p. 284. Ementa: Responsabilidade Civil – Acidente de Trânsito – Agente menor púbere – Responsabilidade solidária tão só da mãe que o tinha sob seu poder e companhia – Improcedência da ação em relação ao pai que nunca manteve contato com o filho e assim não tinha condições de vigiar a sua conduta. Nos termos do art. 1.521, I, do CC [atual art. 932, I], os pais de menor púbere são co-responsáveis pelos danos causados pelo filho que, com sua imprudência e imperícia, causou acidente de trânsito. No entanto, se restar comprovado que o pai do menor nunca manteve contato com ele, não tendo condições de vigiar sua conduta, deve sua responsabilidade pelo evento ser afastada, restando tão-somente à mãe a responsabilidade solidária pelo sinistro.

¹⁹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 957.

momento. Então, caso o menor pratique conduta ilícita caberá a escola ressarcir o prejuízo, mas, poderá entrar com ação de regresso em desfavor dos responsáveis do incapaz.

Em certos casos de pais separados como, por exemplo, a mãe detém a guarda e o menor estiver com o pai durante a prática do ato ilícito, quem responderá naquele momento é quem estava sob a vigilância, no caso o pai do menor. Na guarda compartilhada como, por exemplo, os dois exercem a guarda do filho, se o menor estiver com o pai durante o final de semana, quem irá responder será a mãe devido à natureza de compartilhamento das obrigações. Vale ressaltar que aquele que detém a guarda, autoridade e companhia é ele que tem a responsabilidade sobre o menor.

Sendo assim, podemos entender que o pai que detém a guarda, autoridade ou vigilância sobre a criança é que ficará responsável, porém existem outros tipos de responsabilidade, que é por fato de outrem, onde a pessoa causadora direta do dano poderá indenizar, como também terceiros, sendo necessário a análise para concluir se o agente agiu com culpa.

Capítulo II- A responsabilidade do menor no Ordenamento Jurídico

Embora a Constituição Federal Brasileira de 1988 e a legislação infraconstitucional confirmam tratamento especial à criança e ao adolescente, estabelecendo obrigações à família, à sociedade e ao Estado no sentido de cumprimento dos direitos desses menores, nem sempre há respeito aos mesmos. A violação dos direitos e a desconsideração da vulnerabilidade presumida das crianças e dos adolescentes geram efeitos graves aos mesmos, bem como a própria sociedade que nega direitos fundamentais ao desenvolvimento físico e psíquico dos menores.

Neste contexto, o Estado deve intervir, sobretudo através do Poder Judiciário, para salvaguardar os direitos das crianças e adolescentes. No Brasil, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, a qual instituiu um Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, protegendo com destaque os direitos da criança e do adolescente. Com a atual Constituição houve significativa mudança no sistema jurídico nacional no que diz respeito à proteção desses menores.²⁰

Anteriormente, existia no Brasil o chamado sistema de “proteção volúvel”, em que a criança e o adolescente só eram percebidos, sendo destinatários da lei, quando se encontravam em situação irregular. Com o advento da Constituição de 1988, bem como, pela instituição do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069 de 1990, a situação se alterou bastante, sobretudo no sentido de reconhecer direitos às crianças e adolescentes. De acordo com o artigo 3º do ECA.²¹

A evolução do tratamento da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro pode ser resumida em quatro fases. Na primeira fase (fase da

²⁰<https://jus.com.br/artigos/40223/direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-ordenamento-juridico-brasileiro-o-direito-a-convivencia-familiar-e-a-perda-ou-suspensao-do-poder-familiar>

²¹Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade

absoluta indiferença) não existiam normas relacionadas à criança e ao adolescente. Na segunda fase (fase da mera imputação criminal) as leis tinham apenas o propósito de coibir a prática de ilícitos pelos menores. Na terceira fase (fase tutelar) foi conferido aos adultos poderes para promover a integração sociofamiliar da criança, com tutela reflexiva de seus interesses pessoais. Por fim, na quarta fase (fase da proteção integral) as leis passaram a reconhecer direitos e garantias às crianças e aos adolescentes, considerando-os como pessoas em desenvolvimento. É na quarta fase que se insere a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Considerando-se que a criança e o adolescente, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, devem crescer num ambiente familiar saudável, surge imediata conexão com o artigo 226 da Constituição Federal, no qual a família é caracterizada como base da sociedade, gozando de proteção especial do Estado, em suas três esferas (federal, estadual e municipal) através de políticas públicas.²²

A guarda é muito importante no dia a dia de um casal separado e divorciado e é importante para o desenvolvimento social, cultural e psicológico da criança e do adolescente. Ter os pais em sua companhia e convívio é um direito que toda a criança tem e precisa para seu bom desenvolvimento. A guarda refere-se a qualquer menor de 18 anos, independente de sua condição, buscando o melhor para que a criança não sofra com a separação dos pais. Pode-se dizer que a guarda é a proteção do menor, é ter a custódia desse enquanto menor até o seu completo desenvolvimento, é o dever dos pais de vigilância e assistência dos filhos menores de 18 anos e o direito de reter consigo esses filhos para orientar a sua formação e sua educação. A guarda dos filhos menores é embutida no ordenamento jurídico e é exercida pelos pais, seja na constância do casamento ou não, pois advém do poder familiar. Ela é prevista

²²PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.26.

na Constituição Federal nos artigos 226 e 227; no Código Civil de 2002 a partir do artigo 1.583.²³

O artigo 227 da Constituição Federal²⁴ assegura à criança o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária como dever, primeiro dos pais e da família e depois da sociedade e do Estado, assim a segurança e o bom desenvolvimento do menor são de responsabilidade tanto dos pais quanto do Estado, já que este tem o dever de assegurar que os pais estejam garantindo uma vida segura ao menor. Diante disto, observa-se o quanto a guarda é importante no desenvolvimento social e psíquico da criança. A definição da guarda pode ser estipulada tanto pelos pais, no momento do divórcio e separação, quanto pelo juiz, que observando cada caso concreto, deve decidir o melhor para a criança, buscando qual tipo de guarda e qual dos pais é o mais adequado em atender os interesses dos filhos menores e garantir a sua estabilidade e sua formação.²⁵

2.1 Princípios constitucionais

A partir do século XIX, a “responsabilidade” sofreu transformações importantes, que alteraram o modo como se enxergam suas funções. Em primeiro lugar, ocultam-se os fundamentos de três dessas funções tradicionais da responsabilidade: a punição, a restituição e o restabelecimento da ordem social. Na realidade, a responsabilidade civil é simplesmente uma das ferramentas por meio das quais a sociedade persegue esses objetivos. Além da responsabilidade, esses mesmos fins são buscados também por

²³<https://isaramos.jusbrasil.com.br/artigos/152277359/guarda-de-filhos-no-ordenamento-juridico-brasileiro>

²⁴Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

²⁵<https://isaramos.jusbrasil.com.br/artigos/152277359/guarda-de-filhos-no-ordenamento-juridico-brasileiro>

meio, por exemplo, de controle e sanções administrativas e penais (para prevenção de comportamentos anti-sociais), da criação de um sistema previdenciário ou da realização de seguros obrigatórios (para indenização da vítima e distribuição de danos). Diante disso, é interessante analisar um pouco mais de perto essas três principais funções da responsabilidade civil nos dias de hoje e algumas de suas limitações.²⁶

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Entende-se por dignidade da pessoa humana o valor atribuído a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, cor, idade, condição socioeconômica ou quaisquer outros obstáculos que impeçam o tratamento do indivíduo como ser humano. Trata-se do direito de busca à vida plena e, em última instância, à felicidade. Finalmente, a dignidade aplica a responsabilidade civil, é o valor que deve nortear a fixação do *quantum* indenizatório com a integral reparação do dano sofrido por alguém.²⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana está elencado na Constituição Federal, como um dos Fundamentos do Estado Democrático de Direito no seu artigo 1º, inciso III. “Qualquer Estado que não tenha o respeito à dignidade como núcleo de seu sistema organizacional não se pode dizer Estado Democrático de Direito”, neste entendimento, Rodrigo da Cunha Pereira afirma: “uma Carta de Direitos que não reconheça essa ideia ou que seja incompatível com ela é incompleta ou ilegítima, pois se tornou um valor e uma necessidade da própria democracia”. “O princípio da dignidade humana é hoje um dos esteios de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Não é mais possível pensar em direitos desatrelados da ideia e conceito de dignidade”, inclusive é a base para os Direitos Humanos. Significa a proteção de igual dignidade para todas as entidades familiares,

²⁶<https://alexandrequeiroz2.jusbrasil.com.br/artigos/468528079/aplicacao-dos-principios-constitucionais-da-responsabilidade-civil-na-solucao-de-conflitos-sociais>

²⁷<https://jus.com.br/artigos/60930/responsabilidade-civil-no-ordenamento-juridico-brasileiro-do-dever-de-reparacao-no-ambito-civel>

vetando tratamentos diferentes para os novos tipos de constituição de família.

28

PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO

No que tange ao piso indenizatório, também chamado de função compensatória, busca-se assegurar a reparação da totalidade dos prejuízos sofridos pelo lesado. Já sua função de piso, denominada de função indenitária, o objetivo é evitar o enriquecimento sem causa do lesado, pois a responsabilidade civil não deve ser pretexto para a obtenção de vantagens indevidas a partir no ato ilícito (art. 884 do CC/2002).²⁹

Visando ao mesmo tempo, porém, em que foi positivado pela primeira vez no texto da legislação civil, mesmo já reconhecido anteriormente pela doutrina e pela jurisprudência, esse princípio sofreu algumas restrições por outras normas do próprio CC/2002. Primeiramente a restrição foi estabelecida na responsabilidade civil dos incapazes, permitindo a norma do parágrafo único do art. 928 do CC a redução equitativa da indenização pelo juiz para preservação dos interesses do incapaz e de sua família. A principal restrição ao princípio da reparação integral foi estatuída no parágrafo único do art. 944 do CC/2002, estabelecendo que, "se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização". O valor da indenização não pode ultrapassar a extensão do dano, preservando-se a função de teto do princípio da reparação integral, mas pode ficar aquém, indenizando-se menos do que o montante total dos

²⁸<https://alexandrequeiroz2.jusbrasil.com.br/artigos/468528079/aplicacao-dos-principios-constitucionais-da-responsabilidade-civil-na-solucao-de-conflitos-sociais>

²⁹Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

prejuízos sofridos pelo lesado. Ocorre quando o agente, agindo com culpa leve, causa danos de grande monta.³⁰

PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O convívio em sociedade impõe um constante dar e receber; uma constante troca de gentilezas por meio do compartilhamento dos riscos advindos das atividades desenvolvidas em busca de benefícios econômicos ou não. Aplicado ao campo da responsabilidade civil, o princípio da solidariedade traz a ideia de que não necessariamente será reparado por quem lesou o direito de outrem. A Constituição trouxe a solidariedade interna como um dos objetivos da República (art. 3º, I, CF/88) e a solidariedade no plano externo regendo as relações internacionais das quais o Brasil faz parte (art. 4º, IX, CF/88).³¹

Portanto, é possível extrair do princípio em comento que há responsabilidade recíproca entre as pessoas, motivo pelo qual, nem sempre quem lesa outrem, será o responsável pela devida indenização, podendo esta ser imputada a terceiro.

PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Há acontecimentos na vida de qualquer pessoa que são difíceis, ou, ainda, impossíveis, de serem previstos, a exemplo do falecimento de um indivíduo. Porém, existe uma parcela enorme de acontecimentos previsíveis, e que, conseqüentemente, podem ser evitados, a exemplo do nascimento de um filho, que está, pelo menos em regra, na esfera de previsibilidade de todos. Daí

³⁰<https://alexandrequeiroz2.jusbrasil.com.br/artigos/468528079/aplicacao-dos-principios-constitucionais-da-responsabilidade-civil-na-solucao-de-conflitos-sociais>

³¹ Art. 3º, Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária. (...) Art. 4º, A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

a importância do princípio da prevenção que traz a noção de que todos devem, dentro do possível, agir de modo que se evite causar danos a terceiros.

De grande felicidade, nas palavras de Flávia Portella Püschel (2006), para quem “[...] embora não seja possível eliminar todos os riscos, é certo que eles podem ser maiores ou menores, dependendo do modo como a atividade é exercida”.³²

Por isso, defende-se, neste trabalho que cabe ao julgador, na análise do caso concreto, buscar descobrir como ocorreu o dano, se houver uma efetiva busca e respeito ao princípio em comento ou não. Se restar evidente a falta de cuidado na realização de uma tarefa, por exemplo, é defendido que a indenização deve ser majorada.³³

2.2 Preceitos constitucionais acerca da criança

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, fixou a filosofiaprotetiva e humanizadora que deve servir de parâmetro à legislação menorista infraconstitucional. Pela primeira vez na legislação brasileira, a Constituição consagrou a doutrina da proteção integral, abordando a questão da criança e do adolescente com prioridade absoluta, consignando à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar-lhes a plena realização de seus direitos fundamentais, reafirmados especificamente pelo legislador constituinte, bem como salvaguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.³⁴

À família, enquanto “base da sociedade” (CF, art. 226, caput), compete conhecer e suprir as necessidades da criança, incentivar o desenvolvimento de

³²PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006.

³³<https://jus.com.br/artigos/60930/responsabilidade-civil-no-ordenamento-juridico-brasileiro-do-dever-de-reparacao-no-ambito-civel/1>

³⁴<https://jus.com.br/artigos/55101/a-tutela-constitucional-e-legal-do-menor-infrator>

suas potencialidades e inculcar-lhe os valores determinantes na formação de seu caráter, a fim de prepará-la para a convivência comunitária.³⁵

A sociedade, por sua vez, pautada pela solidariedade e interessada na manutenção da ordem social, tem o dever moral de assumir a responsabilidade ora delegada, vez que a falta de assistência, não raras vezes, enseja desajustes psicológicos que culminam na prática de atos anti sociais. Ao Estado, como forma de garantir o acesso aos direitos proclamados constitucionalmente e, em atenção aos preceitos constantes do parágrafo 1º do art. 227, incumbe promover programas de prevenção, assistência e atendimento especializado à criança e ao adolescente, sobretudo, conduzindo a prestação de seus serviços com destreza e seriedade.³⁶

³⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

³⁶ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno- infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Com acerto Dalmo de Abreu Dallari (2006, p. 37):

São igualmente responsáveis pela criança a família, a sociedade, e o Estado, não cabendo a qualquer dessas entidades assumir com exclusividade as tarefas, nem ficando alguma delas isenta de responsabilidade.³⁷

Assim sendo, no cumprimento das respectivas obrigações constitucionais, todas as entidades devem conjugar esforços no sentido único da materialização da proteção especial a que faz jus a criança e o adolescente.

2.3 Responsabilidade civil pelo fato de outrem

No tema responsabilidade civil por fato de outrem pode-se observar que os pais são responsáveis pela reparação civil decorrente de atos ilícitos praticados pelos filhos menores, que estiverem sob seu poder e em sua companhia. Existem duas responsabilidades, a do causador direto do dano, e a da pessoa também encarregada de indenizar, assim faz-se necessário que o agente tenha agido com culpa, ou no caso de incapazes, que tenha ocorrido uma conduta contrária ao Direito, por que não se fala em culpa destes, porém se o menor ou outro incapaz agir de acordo com o direito, em conduta que se fosse capaz não seria culposa, sendo assim, não há o que indenizar.³⁸

A responsabilidade do terceiro se mostra presente claramente com a culpa civil, *lato sensu*, do causador direto do dano, ou seja, incube ao terceiro, quando demandado provar que o causador não agiu com culpa. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público não depende da prova de culpa, exigindo apenas a realidade do prejuízo, a autoria e o nexo

³⁷Cf. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., p. 37.

³⁸<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7000/Responsabilidade-civil-por-fato-de-outrem>

causal. Culpa *in vigilando* resume-se daquele que responde pelos danos sem ter praticado o ato, ou seja, outra pessoa o fez devido à falta de vigilância ao agente causador do prejuízo. Não se trata, pois, de responsabilidade sem culpa, embora a noção não fique muito distante³⁹. Na responsabilidade por fato de outra, existem duas responsabilidades: a do causador direto do dano, e a da pessoa também encarregada de indenizar. É necessário que o agente tenha agido com culpa, ou no caso de incapazes, que tenha ocorrido uma conduta contrária ao Direito, por que não se fala em culpa destes, porém se o menor ou outro incapaz agir de acordo com o direito, em conduta que se fosse capaz não seria culposa, não há o que indenizar. Os pais são responsáveis pela reparação civil decorrente de atos ilícitos praticados pelos filhos menores, que estiverem sob seu poder e em sua companhia.⁴⁰

A Constituição Federal (CF) de 1988, inspirada no paradigma democrático enunciado pelas normas internacionais, consagrou a doutrina da proteção integral, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar a plena realização dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), por sua vez, filiou-se ao sistema político-jurídico manifestamente tutelar consagrado pelo legislador constituinte de 1988, delineando os instrumentos essenciais para conferir efeito prático à garantia de prioridade formalizada pela Constituição.

Dentre outros aspectos, destaca-se, em âmbito constitucional e infraconstitucional, a tutela específica dispensada ao menor autor de ato infracional, porquanto o processo de formação da criança e do adolescente não deve ser cometido à pena criminal, mas às medidas de cunho assistencial e

³⁹ <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7000/Responsabilidade-civil-por-fato-de-outrem>

⁴⁰ <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7000/Responsabilidade-civil-por-fato-de-outrem>

recuperativo, cuja finalidade precípua seja a reintegração sócio-familiar do menor.⁴¹

2.4 Responsabilidade e guarda do menor prevista no ECA

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8069/90) inovou o ordenamento pátrio ao trazer primeiramente a responsabilização patrimonial do menor por danos causados a terceiros, na medida do prejuízo verificado. É no artigo 112, II, que se encontra o tratamento legal dispensado a medida.⁴²

Antes de adentrarmos ao tema propriamente dito, devem ser esclarecidos alguns conceitos iniciais. Primeiramente, cabe ressaltar o significado de ato infracional, que veio discriminado em lei, como uma conduta que se enquadre como crime ou contravenção penal (art. 103 ECA), dessa forma o menor comete um ilícito penal (Fato típico + ilícito). Nesse caso, por exclusão legal os menores de 18 anos são tidos como inimputáveis e dessa forma serão responsabilizados penalmente por uma legislação especial, art. 27, CP, os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. É importante salientar que o Estatuto buscou, com essa redação, penalizar com o dever de restituir o dano causado, o menor que cometesse qualquer das figuras típicas previstas na legislação material. Desse modo a responsabilização tem um caráter sancionatório, típico das penas, assemelha-se a pena de multa, embora com essa não se confunda.⁴³

Faz-se necessário esclarecer a aplicabilidade das medidas sócio-educativas, o estatuto só permite tal aplicação a adolescente, excluindo os

⁴¹ <https://jus.com.br/artigos/55101/a-tutela-constitucional-e-legal-do-menor-infrator>

⁴² Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: II – Obrigação de reparar o dano;

⁴³ <https://jus.com.br/artigos/57521/a-responsabilidade-civil-do-menor-no-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-e-no-codigo-civil-e-seus-desdobramentos-juridicos>

menores de 12 anos da punição através da medida. Sendo assim a criança não pode sofrer a título de “pena” (Medida Sócio-Educativa), a obrigação de reparar o dano cometido contra o terceiro.

O artigo 112, II, cumulado com o art.116, do ECA, trouxe um salto se comparado com as legislações anteriores (código de menores e código civil), pois foi a primeira legislação brasileira a prever a responsabilização do adolescente que causasse dano a outrem.⁴⁴

O artigo concede uma forma de punição para o incapaz que cometer um crime, dessa forma o adolescente que cometer qualquer das figuras típicas previstas na legislação penal material poderá sofrer unicamente, ou seja, como pena principal, a obrigação de reparar o dano. Também, segundo a inteligência do artigo 113 do estatuto, poderá ser aplicada cumulativamente a obrigação de reparar o dano e outra medida sócio-educativa.É necessário observar que o art. 116 é uma das formas de punição ao menor, não poderá com relação ao ECA haver obrigação de restituir caso adolescente seja considerado inocente ou mesmo absolvido por qualquer das causas prevista na legislação, haja vista receber o mesmo tratamento que as penas no direito penal.

⁴⁴Art. 116 ECA Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima.
Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

Capítulo III- Poder familiar x Guarda compartilhada

3.1 Poder familiar

O antigo direito Romano introduziu o instituto do pátrio poder porque se buscava um caráter mais austero da figura paterna em relação à família e se tinha uma estrutura familiar com alicerces no princípio da autoridade do pai. A mãe era tida como mera reprodutora e cuidadora dos filhos e do lar, sem que pudessem opinar sobre nada, posto que isso era dever do pai. O direito interno só reconheceu a igualdade jurídica da mulher quando publicou a Lei nº 4.121 de 1962 (Estatuto da mulher casada), tendo como fundamento o exercício equilibrado do pátrio poder, em que o pai exerceria este com o auxílio da mulher e não mais sozinho.

Tendo em vista as modificações das famílias contemporâneas a partir do século XX, em que as mulheres estavam cada vez mais independentes, inclusive trabalhando fora de casa, veio a necessidade de se readequar o instituto do pátrio poder para poder familiar, retirando a concepção ultrapassada meramente patriarcal, patrimonialista e discriminativa dos filhos para redistribuir entre ambos os cônjuges ou companheiros o poder-dever para com os filhos. O poder familiar veio a alinhar-se com o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges bem como ao princípio da proteção integral dos filhos menores, a fim de que se concedesse uma função protetiva aos filhos.⁴⁵

Os cônjuges quando se separam não perdem e nem alteram o poder familiar, uma vez que isso só acontece por decisão judicial, nos casos previstos em lei como descreve o artigo 1634 do Código Civil de 2002.⁴⁶

⁴⁵ <https://jus.com.br/artigos/50804/o-instituto-da-guarda-e-o-poder-familiar>

⁴⁶ Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I – dirigir-lhes a criação e a educação; II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1584; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobrevier, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII – representá-los judicialmente e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis)

Portanto, o poder familiar nada mais é do que um conjunto de prerrogativas instituídas no ordenamento jurídico aos pais para que estes possam criar, orientar, educar, sustentar e proteger seus filhos menores. É uma função que deve ser exercida atendendo a proteção integral dos filhos.

O poder familiar consiste num conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos.⁴⁷

3.2 Guarda compartilhada

A guarda é o direito de reter consigo os filhos menores no intuito de defendê-los contra qualquer dano ou perigo. Antigamente a guarda era concedida baseada na culpa dos cônjuges separados. O cônjuge culpado perdia a guarda de seus filhos menores para o cônjuge inocente. O legislador deixava claro sua intenção de que fosse instituída apenas a guarda exclusiva, resguardando o direito de visita ao cônjuge não guardião. Com o advento de novas modalidades de famílias, houve a necessidade de se readequar a guarda para a nova realidade, o que ocorreu com o Código Civil de 2002 e suas alterações, principalmente dadas pela Lei nº 11.698⁴⁸ de 2008 e a Lei nº 13.058 de 2014^{49, 50}.

Sendo assim, a guarda que era tida como regra exclusiva, passou a ser exceção e foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro a guarda

anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os sérvios próprios de sua idade e condição.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. P.1057.

⁴⁸ A Lei nº 11.698/08, de 13 de junho de 2008, veio a consagrar expressamente no Código Civil brasileiro o tão elogiado instituto da guarda compartilhada. Não obstante tal instituto já fosse amplamente aceito pela doutrina e aplicado na prática pela jurisprudência, certo é que o reconhecimento legislativo, como sói ocorrer, pacificou, em definitivo, as discussões acerca da existência do mesmo

⁴⁹ A Lei 13.058/2014 alterou o Código Civil, criando assim a guarda compartilhada para filhos de pais separados, mesmo que haja conflito entre os pais.

⁵⁰ <https://jus.com.br/artigos/50804/o-instituto-da-guarda-e-o-poder-familiar>

compartilhada como regra. A própria lei tratou de conceituar a guarda unilateral e compartilhada em seu parágrafo 1º do artigo 1.583 do Código Civil de 2002, no intuito de minimizar os conflitos judiciais entre cônjuges no que tange a guarda de seus filhos menores, uma vez que, na maioria das vezes, os filhos são utilizados como instrumento de disputa neste momento de desenlace matrimonial.⁵¹

A guarda alternada⁵² tem fortes críticas de juristas e doutrinadores devido o desrespeito ao princípio da continuidade, quando colocado ao lado do princípio da proteção integral dos menores, uma vez que os filhos perdem suas referências de casa, ao contrário do que acontece na guarda compartilhada, em que os menores têm sua casa fixa e o cônjuge não guardião tem o direito de visita a fim de promover a convivência familiar e comunitária aos menores. Invertem-se os polos, uma vez que os filhos são os detentores do direito de estar com ambos os pais, convivendo harmoniosamente e participando da vida familiar e comunitária com ambos, conforme dispõe o artigo 227 da Lei Maior.

Ao estabelecer a igualdade entre os genitores, oportuna é a conscientização dos pais em exercer o poder familiar cooperativamente atendendo ao interesse dos filhos. Vale ressaltar que o instituto do Poder Familiar é restabelecer a partir da igualdade de direitos e deveres, a participação organizada dos pais na vida de seus filhos. A dúvida que muitos encontram em adotar a guarda compartilhada é como se concretizar as questões de residência, visitas, pensão.

O pai ou a mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir na educação, religião, cuidados com saúde,

⁵¹ Art. 1593. § 1º. Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

⁵² A Guarda Alternada caracteriza-se pela distribuição de tempo em que a guarda deve ficar com um e com outro genitor. Na Guarda Compartilhada, por sua vez, o que se compartilha são as responsabilidades relativas ao filho, independentemente de quanto tempo aquele passa na casa de cada um dos genitores.

lazer, estudos, enfim na vida do filho. Portanto, ter uma única residência é fator importante, pois será neste local que a criança terá suas raízes. Dessa forma, o dever de visitas deve ser fixado, porém a diferença é que esta visitação se dá de forma constante, como se a separação não tivesse ocorrido, respeitando a liberdade de ambos os cônjuges. É importante que o pai e a mãe juntos adotem medidas quanto à educação, assim, a aproximação e a interação pode trazer uma estabilidade familiar, com a qual a criança estava acostumada e sintase protegida.

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 matéria.⁵³

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.⁵⁴

A doutrinadora Maria Berenice Dias, alerta para o equívoco da responsabilização exclusiva do genitor guardião.

Assim, nada justifica atribuir exclusiva responsabilidade ao genitor guardião pelos atos praticados pelo filho, pelo simples fato de ele não

⁵³ Art. 226, V, CF; e arts. 1.566, IV, 1.579, 1.589 do Código Civil.

⁵⁴ http://www.mprn.mp.br/revistaeletronicamprn/abrir_artigo.asp?cod=1036

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).⁵⁵

São situações excepcionais, em que o pai não guardião pode 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, entende-se 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 à 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.⁵⁶

Sob o enfoque jurisprudencial, pode-se verificar que a guarda compartilhada, embora ainda pouco utilizada na prática, vem sendo bastante debatida pelos tribunais. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, deixa claro que a guarda compartilhada não pode ser autorizada se presente a litigiosidade dos pais, o que vem ao encontro dos melhores interesses das crianças.⁵⁷

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 7.ed, 2010.

⁵⁶ http://www.mprn.mp.br/revistaeletronicamprn/abrir_artigo.asp?cod=1036

⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70018528612; Porto Alegre; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel; Julgado em 23/05/2007; Diário de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 30/05/2007. APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA DE MENOR. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO, NO CASO CONCRETO. Consoante entendimento assente nesta corte, a guarda compartilhada se mostra recomendável somente quando entre os genitores houver relação pacífica e cordial, hipótese inócua nos autos. Presente a litigiosidade entre os pais, não há como se acolher o pedido, impondo-se manter a guarda deferida com exclusividade à genitora. [...]

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais destaca o fato que a adoção da guarda compartilhada, ou qualquer forma de alteração da guarda, deve ter como prioridade o interesse do menor.⁵⁸

3.3 Responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos menores e a guarda compartilhada

Na guarda compartilhada, busca-se atenuar o impacto negativo que a ruptura conjugal tem sobre o relacionamento entre os pais e o filho, enquanto mantém os dois pais envolvidos na sua criação, validando-lhes o poder familiar permanente, ininterrupto e conjunto. Claudete Carvalho Canezin destaca que “esse modelo propicia ao menor vivenciar seus pais unidos em torno de si e de seus interesses, dando-lhe a segurança e a certeza de que estes não foram negligenciados após a separação”⁵⁹

Marcial Barreto Casabona entende que a guarda compartilhada favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, propiciando a continuidade da relação com seus dois genitores, retirando, assim, da guarda a ideia de posse. Nesse novo modelo de responsabilidade parental, os cuidados sobre a criação, educação, bem como outras decisões, são tomadas conjuntamente pelos pais que compartilharam de forma igualitária a responsabilidade integral sobre a prole. Assim, um dos genitores terá a guarda física do menor, mas ambos terão a guarda jurídica da prole.⁶⁰

Ana Maria Milano Silva, sobre a funcionalidade da guarda compartilhada, aduz que, enquanto a família permanece unida, presume-se que toda decisão

⁵⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1.0701.05.109339-4/001; Uberaba; Oitava Câmara Cível; Rel. Des. Silas Rodrigues Vieira; Julgado em 12/04/2007; Diário de Justiça de Minas Gerais, Belo Horizonte, 01/06/2007. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. MENORES QUE RESIDEM COM O PAI. PREVALECIMENTO DO INTERESSE DOS MENORES. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA. A alteração da guarda só deve ocorrer em hipóteses excepcionais e sempre há de se ter atenção para com os eventuais traumas psicológicos, afetivos e sociais provenientes de alterações súbitas, sem contar no difícil processo de adaptação ao novo ambiente a que a criança estará submetida.

⁵⁹ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 5, n. 28, p. 12, fev./mar. 2005.

⁶⁰ CASABONA, Marcial Barreto. Op. cit., p. 248.

necessária tomada por um dos genitores foi também aceita pelo outro, não havendo divisão no poder da decisão que se exerce conjuntamente. Contudo, rompendo-se o vínculo da convivência, a situação é diferente e a guarda conjunta pode vir a minorar os efeitos do conflito instaurado sobre a pessoa dos filhos, mas o fator primordial que viabiliza, de plano, a aplicação da guarda compartilhada será a maneira como os genitores se relacionam após a ruptura da união conjugal.⁶¹

Vista dessa forma, a guarda compartilhada torna-se o modelo ideal para os dias atuais, proclamando-se a igualdade dos genitores em face da formação de seus filhos e impondo aos pais obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Nesta esteira, Denise Duarte Bruno estabelece as vantagens para os pais – redução de estresse e do acúmulo de papéis para aquele que é guardião único; favorecimento a ambos os genitores de compartilharem a educação dos filhos; satisfação de ambos, especialmente se decidirem entre si por tal tipo de guarda e não for uma decisão judicial – e para os filhos – o direito de convivência, direito este que parece ser aspecto determinante do ajustamento das crianças ao divórcio de seus pais, ou seja, a guarda compartilhada reduziria as dificuldades que as crianças normalmente enfrentam em se adequarem às novas rotinas e aos novos relacionamentos após a separação dos genitores.⁶²

No mesmo pensar é o entendimento de Gonçalves (2012, p.298) ao tratar da guarda compartilhada, frisando novamente a implicação da responsabilidade civil dos pais em razão da guarda unilateral, destacando:

“Deve-se registrar, por oportuno, que a guarda compartilhada influencia na responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos menores. Segundo a jurisprudência dominante, a responsabilidade dos pais resulta antes da guarda do que do poder familiar. Em caso de guarda unilateral, responde somente o genitor que a tem, embora ambos sejam detentores do poder familiar. Como na guarda compartilhada ambos detêm o poder de fato sobre os filhos menores,

⁶¹ SILVA, Ana Maria Milano. Op. cit., p. 113-114.

⁶² BRUNO, Denise Duarte. Guarda compartilhada. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 31, jan./mar. 2002.

mantendo-os sob sua autoridade e em sua companhia (CC, art 932, I), respondem solidariamente pelos atos ilícitos dos filhos menores.”⁶³

Na constância da sociedade conjugal, os filhos permanecem na guarda dos pais, devido ao exercício conjunto do poder familiar, em que aquela está contida nesta. Em algumas situações, apreciadas pelo magistrado, os filhos podem ser colocados na guarda de terceiros, mesmo sem haver a suspensão ou extinção do poder familiar, nos casos dispostos nos artigos 1.635 à 1.638 Código Civil de 2002. Nestes casos, os pais continuam com sua autoridade parental, embora não tenham o direito de tê-los em sua companhia e guarda, por decisão judicial. Quando há o desenlace matrimonial ou término da união estável, os pais não perdem o poder familiar, uma vez que este só se perde por decisão judicial, nas situações previstas na lei. Atualmente, na separação judicial e no divórcio não consensual, a guarda instituída deve ser preferencialmente na modalidade compartilhada, em que ambos os pais têm o equilíbrio nos deveres de guarda dos filhos menores.⁶⁴

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume VI: direito de família. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶⁴ <https://jus.com.br/artigos/50804/o-instituto-da-guarda-e-o-poder-familiar>

Considerações finais

Um dos pontos mais importantes trazidos pela Constituição foi a igualdade entre homens e mulheres; revolucionou o Direito de família e consagrou princípios de igualdade e democracia que não eram efetivamente considerados. Diante dos avanços, o Estatuto da Criança e do adolescente, que veio assegurar a proteção destes que são considerados pessoas em condição de desenvolvimento onde surge uma nova concepção nas relações entre pais e filhos pelo novo Poder familiar ao existir a possibilidade de divórcio, separação, dissolução de uma forma de família reconhecida pela lei.

A legislação anterior tratava como pátrio poder, indicando com esse adjetivo que a responsabilidade recairá somente sobre o pai. Guiado pelo que a Constituição Federal de 1988 já havia estabelecido sobre a igualdade no exercício dos encargos do casamento tanto pelo homem quanto pela mulher, no seu artigo 226, parágrafo 5º, hoje se fala em poder familiar. Compreende os deveres e direitos na relação de pais e filhos.

O presente estudo buscou investigar a guarda compartilhada onde teve origem na necessidade de mitigar esses problemas em tribunais buscando solucionar e sempre colocando o interesse do menor como principal objetivo. Verificou-se que a guarda compartilhada além da proteção aos filhos, deve minimizar os traumas e as consequências que a separação possa causar e conservar os laços entre pais e filhos antes da separação. Com a guarda compartilhada surgem consequências para os pais inclusive quanto à responsabilidade civil pelos atos do menor, o Código Civil, em seu artigo 942 afirma que a responsabilidade dos pais sobre os filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia independe de culpa, sendo objetiva ou solidária.

A guarda compartilhada reflete as responsabilidades sobre a vida do menor, estipulando que, o tempo de convívio com os pais devem ser estabelecidos de forma equilibrada entre ambos para que assim a criança não sofra com a ausência causada pela separação destes. Além disso, a guarda

compartilhada é um possível instrumento para inibir a síndrome da alienação parental, da qual o art 2º da Lei 12.318/10 dispõe sobre algumas formas exemplificadas.

Diante desses fatos, a responsabilidade dos pais deriva, em princípio, da guarda do menor e não exatamente do poder familiar. Não se trata de aquilatar se os filhos estavam sob a guarda ou poder material e direto dos pais, mas sob sua autoridade. A guarda exclusiva de um dos cônjuges se encontra o menor por força de separação, divórcio ou regulamentação de guarda, responderá apenas aquele que tem a guarda do menor.

REFERÊNCIAS

<https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/325854683/responsabilidade-civil-dos-pais-por-atos-praticados-pelos-filhos-menores>

<https://jus.com.br/artigos/53012/responsabilidade-civil-do-genitor-que-nao-detem-a-guarda-pelos-atos-cometidos-por-menor-nao-emancipado/3>

Maria de Fátima Abrantes Duarte, O poder paternal. Contributo para o estudo do seu atual regime, 9, Lisboa, AAFDL, 1989.

Antonio D'Aronco, Responsabilità Civile di ginitori, tutotri, precettori e maestri d'arte, Udine, Roberto Vattori Editore, 1989, p.272.

Raymond Legeais. La responsabilité civile introuvable ou les problèmes de la réparation desdanos causados por menores, In "Misturas dédiés" Grabiél Marty", Universidade de Ciências Sociais de Toulouse, 1978, p. 775

Jeovanna Malena Wana Alves, Responsabilidade Civil dos pais pelos atos dos filhos menores, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.07.

Maria Clara Sottomayor, A responsabilidade civil dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores, p. 404

BEGALLI, Paulo Antônio. Responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos menores. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 133.

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

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

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 750.

Código Civil Brasileiro de 2002: "Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade."

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 957.

<https://jus.com.br/artigos/40223/direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-ordenamento-juridico-brasileiro-o-direito-a-convivencia-familiar-e-a-perda-ou-suspensao-do-poder-familiar>

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada. Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.26.

<https://isaramos.jusbrasil.com.br/artigos/152277359/guarda-de-filhos-no-ordenamento-juridico-brasileiro>

<https://alexandrequeiroz2.jusbrasil.com.br/artigos/468528079/aplicacao-dos-principios-constitucionais-da-responsabilidade-civil-na-solucao-de-conflitos-sociais>

<https://jus.com.br/artigos/60930/responsabilidade-civil-no-ordenamento-juridico-brasileiro-do-dever-de-reparacao-no-ambito-civel>

PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, parágrafo único, do Código Civil. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 35, dez 2006.

<https://jus.com.br/artigos/55101/a-tutela-constitucional-e-legal-do-menor-infrator>

Cf. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, 6ª ed., São Paulo, Malheiros Editores Ltda., p. 37.

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7000/Responsabilidade-civil-por-fato-de-outrem>

<https://jus.com.br/artigos/57521/a-responsabilidade-civil-do-menor-no-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-e-no-codigo-civil-e-seus-desdobramentos-juridicos>

<https://jus.com.br/artigos/50804/o-instituto-da-guarda-e-o-poder-familiar>

DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. P.1057.

http://www.mprn.mp.br/revistaeletronicamprn/abrir_artigo.asp?cod=1036

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

http://www.mprn.mp.br/revistaeletronicamprn/abrir_artigo.asp?cod=1036

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 5, n. 28, p. 12, fev./mar. 2005.

CASABONA, Marcial Barreto. Op. cit., p. 248.

SILVA, Ana Maria Milano. Op. cit., p. 113-114.

BRUNO, Denise Duarte. Guarda compartilhada. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 31, jan./mar. 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume VI: direito de família. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.