

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CENTRO SOCIAIS DE CIÊNCIAS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

GUILHERME BORGES DE BRITTO

**A DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS DA GUARDA COMPARTILHADA E
DA GUARDA ALTERNADA NO TOCANTE À RESPONSABILIDADE CIVIL DOS
PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS MENORES**

SÃO CRISTÓVÃO/SE
2021

GUILHERME BORGES DE BRITTO

A diferenciação entre os institutos da Guarda Compartilhada e da Guarda Alternada no tocante à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Federal de Sergipe como pré-requisito para obtenção de graduação em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Karyna Batista Sposato.

SÃO CRISTÓVÃO/SE
2021

FICHA CATALOGRÁFICA

BRITTO, GUILHERME BORGES DE

A diferenciação entre os institutos da Guarda Compartilhada e da Guarda Alternada no tocante à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores / São Cristóvão-2021.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Karyna Batista Sposato

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal de Sergipe, 2021.

1. Guarda Compartilhada. 2. Guarda Alternada. 3. Responsabilidade Civil. I. BRITTO, Guilherme Borges de II. Universidade Federal de Sergipe. III. A diferenciação entre os institutos da Guarda Compartilhada e da Guarda Alternada no tocante à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores.

A diferenciação entre os institutos da Guarda Compartilhada e da Guarda Alternada no tocante à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores

GUILHERME BORGES DE BRITTO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Federal de Sergipe como pré-requisito para obtenção de graduação em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Karyna Batista Sposato.

São Cristóvão, _____ de _____ de 2021

BANCA EXAMINADORA

**Prof. Dr^a. Karyna Batista Sposato
(Orientadora)**

**Prof. Msc. Leonardo Souza Santana Almeida
(Examinador)**

**Bela. Mélane Ramos Reis
(Examinadora)**

AGRADECIMENTOS

Durante muito tempo nesse trajeto que venho percorrendo, ansiei pelo momento no qual eu poderia expressar o que enche meu peito.

Nesse momento, antes de mencionar quaisquer obstáculos e percalços que passei, agradeço. Agradeço porque foi esse o sentimento que carreguei dentro de mim nos momentos em que o peso do mundo se fez maior sobre os meus ombros, mas encontrei alguém disposto a carregar comigo e me apoiar. Agradeço porque essa foi a melhor forma que encontrei de dizer a vocês que estão lendo esses votos e que fizeram parte da minha vida durante a graduação a emoção que sinto ao escrevê-los.

Deus, primeiramente, sou grato pela vida e pelo amparo ininterrupto; sei que sempre esteve comigo em cada momento que pedi por auxílio.

Às mulheres da minha vida: Luciene, M^a Sylvania, Tarciane, Monalisa e Nicolle, gostaria de dizer que nada que eu escreva aqui é capaz de demonstrar o amor que sinto por vocês. Há tanto de vocês em mim, e sou tão grato por isso, que a felicidade me preenche pelo simples fato de saber que a todo instante carrego comigo mulheres que fizeram e fazem de tudo para que eu me torne o homem que busco ser.

Mainha, obrigado por, mesmo sem ter frequentado qualquer Universidade, graduar-se comigo. Obrigado por ter me acompanhado em todas as madrugadas de estudo e por ter me oferecido colo quando o cansaço da rotina fez com que meus travesseiros fossem os livros e minha cama a mesa de estudos. Obrigado por me entender e me apoiar em cada passo que dei e por ter sido meu amparo em todos os momentos. Os tropeços da minha infância hoje se transformaram nas dificuldades da vida adulta, mas a senhora segura a minha mão e me impede de cair da mesma forma que fazia 20 anos atrás. A senhora, mais do que qualquer outra pessoa, pode ver de perto o que esse momento significa para mim e como estou feliz em poder concluir essa etapa.

Minha caçula, irei consignar aqui o que há muito deixo claro por todos os lugares que passo: você é o maior presente que já recebi e sua existência me possibilitou sentir os sentimentos mais bonitos. Obrigado por cada mensagem preocupada com meu retorno para casa depois das aulas e por cada momento que buscou tornar minha rotina mais leve.

Mona, obrigado por dividir a vida comigo e por ser minha amiga mais antiga, além de minha irmã mais velha. Sei que, como sempre esteve, você continuará ao meu lado.

Voinha e Tia, agradeço por zelarem por mim em todos os momentos, sem cessar. Obrigado pelo apoio incondicional, por cuidarem de mim com tanto amor e por se fazerem sempre presentes. Sei que estarão sempre na plateia para comemorar cada momento comigo.

Ao meu Pai, Avós, Tios(as) e Primos(as), meu muito obrigado pelo carinho e apoio, vocês são muito importantes para mim. Em especial, agradeço a Colin por todo o suporte, conselhos, apoio e confiança durante minha jornada acadêmica.

À Beatriz, companheira de jornada desde a primeira cadeira de Direito Constitucional, gratidão por todo amor e companheirismo, nossas noites e fins de semana de estudo valeram a pena e dividir isso com você torna esse processo mais bonito.

Minha gratidão, também, a cada ambiente profissional no qual atuei e que me fez crescer profissional e pessoalmente, os quais, juntamente com a Universidade, formaram o estudante, e logo profissional, que aqui agradece.

À Assessoria Internacional, nas pessoas de Nádia, Célia Gil e Bernadete; ao Almeida, Matos e Lima Advocacia e Consultoria Jurídica, nas pessoas de Airton Lima, Luan Almeida e Lucas Matos; ao CEJUSC, nas pessoas de Adeilson, Jucyara e Andrea; à 23ª Vara Cível de Aracaju, na pessoa de Dr. Leonardo Almeida e Mélane Reis; e à Defensoria Pública da União, nas pessoas de Dra. Fernanda Cintra e Lucas, meus mais sinceros agradecimentos por todo ensinamento compartilhado.

Aos amigos que a UFS me deu: Milena, Joyce, Jorge, Gabi, Fagner, Vivi, Caio e Rafael, obrigado por terem compartilhado essa jornada e tornado essa graduação mais leve. Em especial, agradeço a Joyce e Milena por terem partilhado comigo os momentos de produção do presente trabalho e por todo apoio nessa fase.

À Cintia, Gildeon, Igor, Layane, Leonardo Hora, Paola, Paula, Rodrigo, Vanessa, obrigado por terem me acompanhado até aqui e por terem confiado tanto em mim.

Finalmente, agradeço aos que fizeram e fazem parte da minha formação acadêmica: Ao Colégio El Shadday, na pessoa de D. Cristina, *in memoriam*, Samara Valadares e Aleksandra Menezes e ao Colégio Estadual Atheneu Sergipense, nas pessoas de Patrícia Soares, Cristiane Lemos e Iranci Tommasi, obrigado pela confiança, suporte e por terem visto potencial naquele menino, sem vocês nada disso seria possível.

Ainda, agradeço à Universidade Federal de Sergipe, por ter me dado a oportunidade de alcançar o que, um dia, imaginei ser inalcançável. A todos os meus professores, muito obrigado por ter dedicado parte da vida de vocês a nos ensinar sobre o Direito e sobre a Justiça como ideal. O profissional que me formo é fruto dos ensinamentos obtidos nessa instituição. Agradeço, em especial, à minha orientadora Karyna Batista Sposato pelo auxílio na elaboração do presente trabalho e pela inspiração no estudo do Direito da Criança e do Adolescente.

Finalizando esses longos votos, agradeço, também, a mim, por ter acreditado na mudança da minha própria realidade e por feito de cada dificuldade um motivo para seguir adiante.

RESUMO

Com a ruptura do vínculo conjugal ou a dissolução da união estável, os filhos menores, antes criados por ambos os genitores no mesmo lar, passam a viver em uma organização familiar diferente. Essa alteração, quando feita em desatenção ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e ao Princípio da Paternidade Responsável, acaba por ocasionar inúmeros prejuízos na formação dos filhos. Sob essa perspectiva, a Lei da 13.058/2014, Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória, foi promulgada com a finalidade de estabelecer um modelo de guarda baseado na responsabilização conjunta dos pais na criação dos filhos menores, enfraquecendo o modelo unilateral de guarda adotado pelos Tribunais pátrios. Com as alterações promovidas pela Lei 13.058/2014 nos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, os quais dispõem acerca da guarda compartilhada jurídica e da guarda compartilhada física no mesmo instituto, algumas dúvidas passaram a orbitar no tocante à uma possível confusão entre a guarda compartilhada e a guarda alternada – modelo que determina o exercício exclusivo da guarda por cada genitor em um lapso temporal determinado. Dentre as consequências da confusão entre os dois institutos, a questão da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores é de grande relevância, porquanto precisa ser definido o tipo de responsabilidade dos pais em cada modelo de guarda mencionado. Diante disso, o presente estudo buscou elucidar as diferenças entre o poder familiar e guarda, a fim de esclarecer a extensão das expressões “autoridade” e “companhia” elencadas pelo art. 932 do CC/2002 como requisitos da responsabilização dos pais pelos atos dos filhos menores. Igualmente, discutiu-se a distinção entre a guarda alternada e a guarda compartilhada. Por fim, realizou-se o estudo da responsabilidade civil dos pais no tocante aos atos praticados pelos filhos menores, diferenciando como será a responsabilização dos genitores em cada modalidade de guarda mencionada.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Guarda Alternada. Responsabilidade Parental. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

With the rupture of the marital bond or dissolution of the stable union, the underage children involved, who were previously raised by both parents in the same household, start to live in a different family organization. This change, when made in disregard of the Principle of the Best Interest of Children and Adolescents and the Principle of Responsible Parenthood, results in countless losses in the education of children. From this perspective, Law 13,058/2014, the Mandatory Shared Custody Law, was enacted to establish once and for all a custody model based on the joint responsibility of parents in raising minors, weakening the unilateral custody model adopted by National Courts. Considering that the content of shared custody provided for in articles 1.583 and 1.584 of the Civil Code of 2002 with the amendments to Law 13.058/2014 provides for joint legal custody and shared physical custody in the same institute, some discussions arouse on the potential for this to cause misapprehension between the shared custody model and alternate custody – a model that determines the exclusive exercise of custody by each parent in a given time period. Among the consequences of this confusion between the two institutes, the issue of civil liability of parents for the acts of minors is of great relevance, as the type of responsibility of parents in each mentioned custody model needs to be defined. Therefore, this study sought to elucidate the differences between family power and custody, so that the extension of the expressions “authority” and “company” listed by art. 932 of CC/2002 as requirements for the accountability of parents for the acts of these underage children, as well as a distinction made between alternate custody and shared custody. Finally, a study of the civil responsibility of parents was carried out in relation to the acts practiced by minors, differentiating how the responsibility of the parents will be in each type of custody mentioned.

Keywords: Shared Guard. Alternate Guard. Civil Responsibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 DA GUARDA E DO PODER FAMILIAR OU AUTORIDADE PARENTAL	3
2.1 Da mudança substancial da entidade familiar a partir da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 e, conseqüentemente, da mudança do Poder Familiar (ou Autoridade Parental) no ordenamento jurídico brasileiro	3
2.2 Do conceito e da natureza jurídica da autoridade parental	7
2.3 Da Autoridade Parental após a ruptura conjugal dos genitores no Brasil:	9
2.4 Da “confusão” entre o instituto da Guarda e da Autoridade Parental após o rompimento da sociedade conjugal pelo divórcio ou dissolução da união estável	13
3 DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	16
3.1 As principais modalidades de Guarda admitidas no ordenamento jurídico brasileiro	16
3.1.1 <i>A Guarda Unilateral:</i>	18
3.1.2 <i>A Guarda Compartilhada</i>	19
3.1.3 <i>A Guarda Alternada</i>	20
3.1.4 <i>A Guarda por Nidação ou Aninhamento</i>	21
3.2. A conceituação da Guarda e os direitos e deveres do genitor guardião e do genitor-não guardião	21
3.3 Da Guarda Compartilhada Obrigatória e seu fundamento jurídico.....	24
3.3.1 <i>Dos Princípios pertinentes à guarda e à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores</i>	27
3.3.1.1 <i>O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente</i>	27
3.3.1.2 <i>O Princípio da Paternidade Responsável</i>	30
3.3.2 <i>A guarda compartilhada física ou material e a guarda compartilhada jurídica ou legal</i>	32
3.4 A Guarda Alternada e seu fundamento jurídico	35
3.4.1 <i>Da possibilidade ou não do estabelecimento da Guarda Alternada após a Lei 13.058/2014 – Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória</i>	36

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS MENORES EM CADA MODELO DE GUARDA ABORDADO	39
4.1 A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro: histórico legislativo, conceito e função	39
4.1.1 <i>As espécies de Responsabilidade Civil</i>	41
4.1.1.1 <i>A Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual</i>	41
4.1.1.2 <i>A Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva</i>	42
4.1.1.3 <i>A Responsabilidade Civil nas relações de consumo</i>	43
4.2 A responsabilidade civil por atos de terceiros	43
4.3 A responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores	45
4.3.1 <i>Da impossibilidade de exercício do direito de regresso dos pais contra os filhos menores</i>	48
4.3.2 <i>Da possibilidade de responsabilização patrimonial subsidiária dos filhos menores</i>	48
4.3.3 <i>A responsabilidade civil dos pais e a emancipação dos filhos</i>	50
4.3.4 <i>A Responsabilidade Parental em sentido amplo: pressupostos fundamentais de acordo com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança</i>	51
4.4 A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores na Guarda Compartilhada e na Guarda Alternada.....	53
CONCLUSÕES	55

1 INTRODUÇÃO

Após o divórcio ou dissolução da união estável, os filhos menores havidos na constância da relação passam por uma mudança em suas vidas: o processo de criação que antes era executado por ambos os genitores no recesso do lar comum passa a ser exercido de maneira diversa, podendo ser estipulada a guarda unilateral, compartilhada, por nidação ou alternada dos menores.

Em cada modelo de guarda acima elencado, a organização familiar muda e tais efeitos podem ser prejudiciais para os filhos caso a estipulação da guarda não esteja de acordo com o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e com o Princípio da Paternidade Responsável.

Com base nas prerrogativas asseguradas aos menores, foi estipulada a guarda compartilhada como modelo obrigatório através da promulgação da Lei 13.058/2014, a qual determinou a responsabilização conjunta dos pais pela criação dos filhos havidos na constância da relação, alterando os artigos 1.583, 1584 e outros, do Código Civil de 2002.

Como novidade em relação à Lei 11.698/2008 – a qual positivou o modelo de guarda compartilhada no nosso ordenamento jurídico –, a nova lei definiu que, além da responsabilidade conjunta pela criação dos menores, deve ocorrer a divisão equilibrada do tempo de convivência entre os genitores e os filhos, disposição que ocasionou questionamentos acerca de possível confusão entre a guarda compartilhada e a guarda alternada.

No presente estudo, serão evidenciadas as diferenças dos institutos, sendo o enfoque a diferenciação desses modelos de guarda no tocante à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, considerando que esta, no contexto da ruptura conjugal dos genitores¹, possui aplicação diversa a depender do modelo de guarda adotado.

Adentrando à temática da responsabilidade civil, observa-se que esta possui como função restituir a vítima ao estado que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito, sendo uma exigência da justiça comutativa e, com as mudanças do instituto a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e com o Código Civil de 2002, tornou-se claro que a responsabilidade civil deixou de ter um caráter subjetivista e

¹ Entendendo-se ruptura conjugal como o divórcio ou a dissolução da união estável.

passou a ser prevalentemente objetiva, afim de alcançar o ideário da reparação integral daquele que sofreu o dano.²

A delimitação da pesquisa ficou adstrita à diferenciação da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores na guarda compartilhada e na guarda alternada.

Para isso, será feita uma análise acerca da extensão do Poder Familiar ou Autoridade Parental quando em perspectiva com a guarda, das características da guarda e especificidades da guarda compartilhada e da guarda alternada, bem como será evidenciada a responsabilização civil dos pais pelos atos dos filhos menores em cada modelo de guarda sob enfoque.

Dito isto, os objetivos específicos da pesquisa são: i) fazer a diferenciação entre poder familiar ou autoridade parental e guarda; ii) analisar a legislação pertinente às modalidades de guarda, iii) evidenciar a extensão da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores em cada modalidade de guarda em enfoque.

Com a definição do objetivo geral e específicos da pesquisa, passou-se ao levantamento bibliográfico. Nesse sentido, a metodologia adotada no presente estudo foi a pesquisa bibliográfica teórica e documental com a finalidade de tornar claras as diferenças entre as modalidades de guarda, sendo utilizado o método dedutivo.

O trabalho se estrutura em três capítulos.

O primeiro “*Da Guarda e do Poder Familiar ou Autoridade Parental*”: delimita o conteúdo da Autoridade Parental, especialmente após a ruptura da relação conjugal entre os genitores, esclarecendo as diferenças entre o poder familiar e a guarda.

O segundo “*Da Guarda no ordenamento jurídico brasileiro*”: discorre sobre as especificidades da Guarda Compartilhada e da Guarda Alternada na legislação pátria, evidenciando as diferenças dos dois modelos no tocante aos direitos e deveres dos genitores e o exercício efetivo da autoridade em cada modelo.

O terceiro “*A Responsabilidade Civil dos pais pelos atos dos filhos menores em cada modelo de guarda abordado*”: demonstra qual a extensão da responsabilidade civil dos genitores na guarda compartilhada e na guarda alternada.

² Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio [...]” (2019, p. 26)

2 DA GUARDA E DO PODER FAMILIAR OU AUTORIDADE PARENTAL

Neste capítulo, será feita uma análise acerca do Poder Familiar ou Autoridade Parental a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil 2002, buscando demonstrar qual é seu conteúdo atual e como esse instituto é operacionalizado quando há ruptura do vínculo conjugal – expressão utilizada para tratar do divórcio e da dissolução da união estável.

Ainda, considerando que há grande confusão entre a Autoridade Parental e a Guarda, será feita uma análise comparativa entre os institutos evidenciando suas diferenças e limitações.

2.1 Da mudança substancial da entidade familiar a partir da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 e, conseqüentemente, da mudança do Poder Familiar (ou Autoridade Parental) no ordenamento jurídico brasileiro

Considerando a recorrente discussão doutrinária acerca do Poder Familiar ou Autoridade Parental e da Guarda, mostra-se necessário fazer uma análise acerca das mudanças ocasionadas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, principalmente na família como instituto, considerando a intervenção Estatal no núcleo familiar e as alterações ocasionadas no Poder Familiar ou Autoridade Parental³.

Partindo de uma análise da constituição do núcleo familiar, é de grande importância elucidar a transformação social e legal ocorrida no instituto da família no decorrer das décadas, para que, então, tenha-se a real dimensão da função da Autoridade Parental nos dias atuais.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e sua respectiva influência nas demais legislações pátrias, observou-se uma alteração no conceito de unidade familiar, o qual, segundo Patrícia Ramos, em sua obra Poder Familiar e Guarda Compartilhada,

³ A expressão Autoridade Parental foi considerada pela doutrina como mais adequada para referir-se ao Poder Familiar.

[...] deixou de ser considerado uma aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, fulcrado no liame substancial de pelo menos um dos genitores com seus filhos, com origem não só no casamento, mas em outros tipos de entidades familiares, e voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros, com a equiparação dos direitos e deveres do homem e da mulher. (RAMOS, 2016. p. 40)

Sendo um centro reunificador do direito privado e tendo consagrado uma nova tábua de valores, conforme dispõe Gustavo Tepedino apud Patrícia Pimentel de O. C Ramos (2016, p. 33-34), Constituição Federal de 1998 consagrou, dentre os inúmeros princípios aplicáveis ao Direito de Família, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como princípio basilar, tendo como consequência direta no núcleo familiar a não admissão da superposição da entidade familiar à tutela da dignidade de seus integrantes.

Nesse sentido, Patrícia Ramos (2016, p. 40) dispõe que a família deixa de ter valor intrínseco, como instituição capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir, passando a ser tutelada somente medida em que se constitui em um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus integrantes.

Com as mudanças na estruturação do núcleo familiar, a autora (Ibid., p. 41) observou-se também uma mudança substancial em relação aos papéis exercidos pela figura materna e paterna, de modo que a desigualdade entre o pai e mãe trazida no sistema normativo anterior não fora abarcada pela nova normativa constitucional. Sendo estabelecida a absoluta igualdade entre os homens e mulheres, inclusive no casamento e estendendo-se essa igualdade para a união estável, a entidade familiar passou a exercer sua função social na formação de seus componentes.

Em seus artigos 226 e 227, a Carta Magna dispõe que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, bem como é dever desta, juntamente com a sociedade e com o 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.

Sendo assim, tendo sido reconhecida como célula *mater* da sociedade, conforme dispõe Patrícia Ramos (2005, p. 98), esta “é a referência existencial do ser humano, caracterizando-se pela união de pessoas vinculadas por laços de afeto (real ou presumido) num contexto de conjugalidade ou parentalidade.” (RAMOS, 2005, p. 98)

João Baptista Villela (1994, p. 641) afirma que tendo sido estabelecidos os deveres do Estado em relação à família, reconhecida a união de fato e acolhido o divórcio, a Constituição Federal de 1998 consagrou que a Família não é apenas o conjunto de pessoas no qual uma dualidade de cônjuges ou de pais esteja configurada, senão também qualquer expressão grupal articulada por uma relação de descendência.

Havendo esse reconhecimento pela ordem jurídica implantada, conforme dispõe Gustavo Tepedino (1999, apud RAMOS, 2016, p. 39), o centro da tutela constitucional deslocou-se do casamento para as relações familiares, que não mais se esgotam no casamento, de modo que

A proteção da instituição familiar, como centro de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, deu lugar à tutela jurídica da família como núcleo de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus membros. (RAMOS, 2016, p. 39)

Conforme dispõem Tânia da Silva Pereira e Natália Soares Franco, “Os moldes sociais e legais consolidados refletem um novo conceito de autoridade parental diretamente relacionada com proteção, educação e formação dos filhos.” (PEREIRA, FRANCO, 2018, p. 333-334)

Dada a devida atenção às mudanças ocorridas na entidade familiar em si, cumpre proceder com a análise da entidade familiar constituída após o desfazimento do casamento ou da união estável, situação que ocasiona uma alteração na formação pessoal dos filhos menores havidos na constância do relacionamento.

Segundo Patrícia Ramos (2016, p. 27), o aumento do número dos divórcios, a diminuição do número de casamentos e a aparição das novas entidades familiares trouxeram uma nova realidade, na qual os filhos são educados e criados sem que seus pais morem juntos, o que era exceção no passado. Defende, no entanto, que, em que pese tal situação possa aparentar prejuízos “garantidos” aos filhos menores,

esta – a entidade familiar – também se encontra acolhida pela proteção da família e preservação da dignidade da pessoa humana, de modo que a família matrimonial desfeita também encontra proteção no Estado.

Com o desfazimento da entidade familiar após a promulgação da CF/1988 e, conseqüentemente, com a criação dos filhos por pais que não compõem o mesmo núcleo familiar a partir de então, torna-se evidente que a sociedade passou por um período de adequação entre a promulgação da Carta Magna de 1988 e a vigência do Código Civil de 2002, porquanto o Código Civil de 1916 possuía inúmeras incompatibilidades com o novo regime jurídico constitucional.

Inspirada no direito romano, a legislação cível anterior⁴, especificamente no que se refere ao exercício do poder familiar, designado por esta de pátrio poder, “refletia a orientação hierarquizada e patriarcal que enxergava no pai o chefe da família, submetendo ao seu comando e arbítrio os filhos.”, conforme dispõe Pontes de Miranda apud Anderson Schreiber (2018, p. 863). Sendo chefe absoluto, concentrava todo o poder em relação aos filhos, tendo a Autoridade Parental uma função de controle e autoridade da vontade do genitor, demonstrando domínio dos filhos.

Conforme dispõe Grisard Filho (2016, p. 47), o pátrio poder no direito romano era considerado um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todos os componentes e coisas do grupo, incluindo os filhos e a esposa. Fazendo uma analogia, o autor diz que o pátrio poder era ao mesmo tempo “um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um senhorio da vida e das fazendas dos filhos, um poder absoluto sem limites e de duração prolongada, sem exemplo em outros povos.” (Ibid., p. 47.)

Segundo Heloisa Helena Barboza (1997, p. 109 apud RAMOS, 2016, p. 33-34) o modelo de família constituída era “[...] dominada pela figura do pai que encarnava a sua honra, dando-lhe nome, sendo seu chefe e gerente, representando o grupo familiar, cujos interesses sempre prevaleciam sobre as aspirações dos membros [...]”. Com o passar do tempo, conforme observou Waldyr Grisard, (2016, p. 47) “o absolutismo opressivo dos pais reduziu-se a simples direito de correção, sob Justiniano (*ius domesticæ emendationis*), que também aboliu a *noxæ datio*.” (GRISARD FILHO, 2016, p. 47)

⁴ O Código Civil de 1916.

Dando seguimento à linha de raciocínio temporal, importa mencionar em qual momento legislativo o legislador brasileiro optou por seguir essa vertente romana no que concerne à autoridade parental.

Segundo Lafayette Rodrigues Pereira em sua obra *Direitos de Família*, citado por Waldyr Grisard Filho (2016, p. 48), a feição romana do poder familiar encontrou guarida nas Ordenações do Reino e foi trasladada para o Brasil pela lei de 20 de outubro de 1823.

Felizmente, com a alteração das diretrizes normativas constitucionais e infraconstitucionais, essa alteração do conceito de poder pátrio implicou em uma “alteração terminológica, e o Código Civil de 2002 passou a tratar da matéria sob o título de poder familiar, o que realça o papel igualitário entre pai e mãe no seu exercício.” (SCHREIBER, 2018, p. 863.)

Salienta-se, acerca da alteração das diretrizes normativas infraconstitucionais para a mudança conceitual do poder familiar, a importância, além do próprio Código Civil, é claro, do Estatuto da Mulher Casada⁵, da Lei do Divórcio⁶ e do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷.

Assim, “[...] o pátrio poder foi se despedindo do seu nepotismo e se funcionalizando cada vez mais ao ‘melhor interesse da criança’, a ser perseguido por ambos os pais [...]” (Ibid, p. 863).

A Autoridade Parental, portanto, passou por uma transformação com a entidade familiar, deixando de ser somente um poder decisório dos pais acerca da vida dos filhos menores, tornando-se um poder-dever dos genitores “[...] para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos”. (TEIXEIRA, 2018, p. 20).

2.2 Do conceito e da natureza jurídica da autoridade parental

Conforme demonstrado no tópico anterior, o conceito de Autoridade Parental (ou Poder Familiar, como o legislador e parte da doutrina se referem), sofreu alteração substancial com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a vigência do

⁵ Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962.

⁶ Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977.

⁷ Lei 8.069 de 13 de julho de 1990.

Código Civil de 2002, de modo que, conforme dispõe Waldyr Grisard Filho, o instituto agora pode ser conceituado como “O conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social.” (GRIZARD, 2016, p. 46).

Segundo Flávio Tartuce, a autoridade parental, chamada pelo autor de poder familiar, pode ser conceituada como “o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”⁸. (TARTUCE, 2018, p. 513).

Para Waldyr Grisard (2016, p. 50), a questão terminológica esbarra na palavra poder, a qual se resiste por guardar resquícios da *patria potestas* romana, de modo que o vocábulo não mais seria adequado.

Na visão do Professor Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 240 apud RAMOS, 2016, p. 43), o instituto conceitua-se como um “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 art. 226, § 5º, da Constituição.”

Por fim, consoante José Anchieta de Paula Santos Neto, em sua obra *Do Poder Pátrio*, mencionado por Waldyr Grisard,

O pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundado no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.’ (SANTOS NETO, apud GRISARD FILHO, 2016, p. 49)

Importa mencionar, ainda, que os conceitos acima trazidos estão todos de acordo com a concepção filho centrista abordada Grisard⁹, segundo a qual “há o deslocamento da pessoa dos filhos em relação aos pais, porquanto os menores passam a ser sujeitos de direito e deixam de ser objeto de direito dos genitores.” (GRISARD, 2016, p. 46).

⁸ O referido autor destaca em sua obra que parte doutrina prefere o termo Autoridade Parental e que há proposta de alteração das expressões no Estatuto das Famílias.

⁹ Segundo o autor, a tendência adulto centrista, que marcava as disposições do Código Civil anterior, cedeu lugar, nas sociedades modernas, ao reexame da situação dos filhos, que, de repente, são separados do pai ou da mãe ou de uma parte da família.

Cuida-se, portanto, de um complexo de atitudes a serem tomadas para garantir aos filhos menores uma formação saudável da personalidade, conforme dispõe Carlos Alberto Bittar apud Patrícia Ramos (2016, p. 46), e consiste em um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais para a criação, a orientação e a proteção dos filhos, durante a respectiva menoridade.

Observa-se, assim, que a autoridade parental perde o caráter de posse ou propriedade e passa a adequar-se ao conceito de família instrumental e democrática, funcionalizada para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho, visando à sua educação e criação de forma participativa, com respeito à sua individualidade e integridade biopsíquica, e, sobretudo, pautada no afeto, conforme dispõe Patrícia Ramos em sua obra *Guarda compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos*, 2005, p. 103.

Em relação à natureza jurídica da Autoridade Parental, observa-se a existência de controvérsia no que se refere ao enfoque: seja sobre a relação da natureza jurídica do poder familiar dos pais em face do Estado e de terceiros, seja sobre a relação da natureza jurídica do poder familiar dos pais em face dos filhos.

Assim, diante do primeiro enfoque, o poder familiar constitui um direito subjetivo dos pais nas relações externas, direito a função própria, para que possam levar a cabo o ofício que lhes é encomendado. Mas, nas relações pai-filho, sob outro enfoque, o poder familiar é um conjunto incindível de poderes-deveres, que deve ser altruisticamente exercido pelos pais no interesse dos filhos, à vista de seu integral desenvolvimento, até que se bastem a si mesmos. (GRISARD FILHO, 2016. P. 52)

Portanto, observa-se que a autoridade parental engloba uma série de prerrogativas, sendo, conforme dispõe Ana Carolina B. Teixeira (2018, p. 20), um dos instrumentos para zelar pelo bem-estar dos filhos, devendo ser exercida por meio do processo educacional, de modo a conduzir a criança e o adolescente ao alcance da autonomia, mediante aquisição de discernimento.

2.3 Da Autoridade Parental após a ruptura conjugal dos genitores no Brasil:

Para iniciar a tratativa acerca da Autoridade Parental ou Poder Familiar de genitores após a dissolução do casamento ou da união estável destes, é necessário

fazer uma contextualização acerca do posicionamento do legislador brasileiro em relação ao tema, considerando que em outros países, como a Itália, (de onde o modelo da guarda compartilhada foi importado), por exemplo, há posicionamento diverso.

Conforme explicita Ana Carolina B. Teixeira (2018, p. 29), no Direito Italiano, quando ocorria a separação dos pais com a atribuição da guarda a apenas um deles, a consequência direta seria a perda do poder familiar pelo genitor não guardião, tendo este apenas poder de controle sobre os atos do genitor guardião e a prerrogativa de recorrer ao judiciário quando este tomava decisões julgadas prejudiciais ao menor. Desse modo, conclui-se que dentre os pais separados somente um permanecia com o pleno exercício do poder familiar.

No caso do Brasil, observamos que o legislador infraconstitucional, em atenção ao Princípio da Igualdade entre os genitores e outras prerrogativas constitucionais, optou por, independentemente da situação conjugal destes, atribuir a ambos a autoridade parental. Sendo assim, mesmo após a separação ou divórcio dos pais, ambos permanecem com todas as prerrogativas da autoridade parental.

Conforme dispõe Carlos Alberto Bittar citado por Patrícia Ramos (2016, p. 54), é de ambos os pais o exercício do poder familiar, em paridade de condições e sob o controle judicial, não se alterando as relações com os filhos em razão da separação dos pais.

Nesse sentido, o artigo 1.634 do Código Civil é claro:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Sobre a situação, importa mencionar que a normativa foi fortemente influenciada pela ampla igualdade consagrada pela Carta Magna de 1988, de modo

que o genitor e a genitora passaram a atuar em condições iguais no exercício da autoridade parental. Com isso, mesmo com o fim do relacionamento dos genitores e a atribuição da guarda unilateralmente, o não guardião não fica privado do exercício da autoridade parental. (RAMOS, 2016, p. 61).

Consoante artigo 1.632, também do Código Civil, “A separação judicial, o divórcio e a dissolução de união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”

Seguindo o mesmo posicionamento, Ana Carolina B. Teixeira em seu artigo *A (des)necessidade da Guarda Compartilhada ante o conteúdo da Autoridade Parental* dispõe que após o divórcio ou separação dos pais “[...] a única mudança limita-se ao direito de um deles ter seus filhos em sua companhia.¹⁰” (TEIXEIRA, 2018, p. 23).

Ocorre, no entanto, que apesar de haver concordância de grande parte da doutrina, há quem discorde da opção do legislador de garantir a autoridade parental plena do genitor não guardião, sendo interessante discorrer sobre esse posicionamento contrário a título de debate.

De acordo com Marcos Alves da Silva (2002, p. 63-64), após a separação dos pais, existe um distanciamento entre a lei e a realidade, de modo que o genitor não guardião (nos casos de estipulação da guarda unilateral) perderia grande parcela dos seus poderes em face do esvaziamento da convivência, ocorrendo uma “perda de fato da autoridade parental”.

Mencionando esse efeito como rompimento do aspecto subjetivo da relação, mas não como rompimento do aspecto jurídico da autoridade parental, Lúcia Guimarães Deccache (2018, p. 216), citando Yussef Said Cahali, defende que

[...] embora subsistam os deveres decorrentes do poder familiar, após a separação ocorrerá um verdadeiro enfraquecimento dos poderes paternos (maternos) por parte do progenitor privado da guarda. O mencionado enfraquecimento de poder do pai (mãe) não guardião(ã) configura consequência do seu afastamento em decorrência do direito de visita, e não sua causa, gerando a perda da intimidade, a perda da autoridade, e, certamente, o enfraquecimento de poder sobre os filhos. Em verdade, o que ocorre com o direito de visita decorrente da separação dos pais é o rompimento do aspecto subjetivo da relação de filiação, o rompimento do afeto, do carinho, da vontade de estar

¹⁰ Cumpre frisar que tal situação aplica-se no caso de estabelecimento da guarda unilateral em favor de um dos genitores.

junto, do abraço de boa noite e bom dia, dentre outros atos de amor, não jurídicos, mas essenciais para a formação do ser humano. (DECCACHE, 2018, p. 216)

Observa-se, desse modo, que, segundo a autora acima citada, o afastamento decorrente da separação dos pais pode causar um rompimento subjetivo da relação paterna-materna-filial.

Importa mencionar, no entanto, que tal situação não fora o critério utilizado pelo legislador quando este decidira sobre a manutenção ou não da autoridade parental quando da separação dos genitores. Portanto, não há diminuição da autoridade parental sob o aspecto jurídico ante o alegado prejuízo da convivência paterno-materno-filial.

Conforme observa Grisard Filho (2018, p. 110), com a ruptura há uma redistribuição de papéis parentais, considerando que o genitor que obtém a guarda exercerá sua autoridade parental em toda a sua extensão por estar diretamente vinculado ao filho.

Como já demonstrado anteriormente, a atual concepção da autoridade parental é instrumental e democrática, funcionalizada para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho.

Sendo assim, no caso dos genitores que romperam a unidade conjugal¹¹, a legislação atual não mais estabelece diferenciação em relação ao pai ou a mãe, ambos tendo direito ao exercício das prerrogativas concernentes à autoridade parental, desde que não incorram nas hipóteses de suspensão ou perda do poder familiar.

Desse modo, independentemente da situação conjugal dos genitores, compete a estes dirigir a criação e educação dos filhos, exercer a guarda unilateral ou compartilhada, conceder ou negar consentimento para casar, viajar ao exterior e mudar de residência, nomear tutor, representar judicialmente e extrajudicialmente até os 16 anos, reclamar de quem ilegalmente detenha os filhos menores e exigir que lhes seja prestada obediência.¹²

¹¹ Entendendo-se rompimento da unidade conjugal como o divórcio ou dissolução da união estável.

¹² Art. 1.634 do Código Civil de 2002.

2.4 Da “confusão” entre o instituto da Guarda e da Autoridade Parental após o rompimento da sociedade conjugal pelo divórcio ou dissolução da união estável

Ponto de fulcral importância na temática da autoridade parental é a distinção entre a Guarda e a Autoridade Parental, considerando que há grande discussão acerca dos limites da guarda quando em contraposição ao poder familiar nos casos em que há desfazimento do vínculo familiar entre os genitores.

Em nosso sistema jurídico, a temática da guarda fora tratada em duas situações específicas, sendo o objeto do presente trabalho somente uma delas: a referente à guarda após a dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio ou união estável. No sistema dualista da Guarda, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2018, pp. 695-696), há uma disciplina para a guarda na relação entre os pais, mais precisamente quando há dissolução do casamento ou da união estável, e um outro regramento para a matéria como forma de colocação de uma criança ou adolescente em família substituta, sendo conhecida como guarda estatutária¹³.

Conforme posicionamento de Ana Carolina B. Teixeira (2018, p. 24), um diferenciador dos conceitos de autoridade parental e de guarda é que a autoridade parental se mede na tutela da pessoa e esta não teria escopo apenas protetivo, mas, principalmente, promocional da personalidade; abarcando, portanto, maior aglomeração de funções.

Nesse sentido, José Shiguemitsu Fujita:

Não há como confundir a guarda com o poder familiar, porquanto ela é elemento constitutivo do poder familiar, exercida por ambos os pais, para a proteção dos filhos menores de 18 (dezoito) anos de idade, durante a constância do casamento ou da união estável, ou por apenas um deles, em virtude de dissolução da sociedade conjugal ou da união estável.” (FUJITA, 2018, p. 202)

Gustavo Tepedino (2004, p. 3), defende que a opção sistemática do Código Civil privilegiou o poder parental em detrimento da guarda, reforçando a afirmação de que a guarda implica pequenos aspectos do poder familiar, se comparados ambos os institutos. Afirma, ainda, que a guarda teve referência legislativa incidental, no que se

¹³ Segundo o autor, a guarda estatutária é a regularização de uma anterior situação de fato, quando uma criança ou adolescente já se encontra sob a responsabilidade moral e material de um terceiro. (p. 698)

refere à separação e ao divórcio, sem ter sido disciplinado seu conteúdo, enquanto que a autoridade parental recebeu tratamento específico. O autor conclui que “Estaria a guarda mais atrelada aos aspectos psicológicos, comportamentais, de personalidade e temperamento de cada genitor após a separação conjugal.” (2004, p.3)

Em relação à origem dessa confusão entre os institutos, Giselle Câmara Groeninga (2018, p. 155) informa que se iniciou com as mudanças sociais havidas no exercício dos papéis e nas formas de exercício do poder e autoridade, entendendo que o respeito ao Poder Familiar em sua extensão evitaria os litígios e confusões ao redor da guarda.

Ocorre, no entanto, que os institutos não se confundem.

Segundo Cesar Calo Peguini (2018, p. 56), pode ser extraído da legislação em vigor que a guarda é um desdobramento do poder familiar e traduz um conjunto de obrigações e direitos em face da criança ou adolescente, de assistência material e moral.

Explicando perfeitamente a diferença entre os institutos, cabe transcrever comparação feita por Waldyr Grisard Filho em relação à autoridade parental e guarda X Propriedade e Posse:

Doutrina corrente diz da guarda o que se diz da posse, segundo a teoria de Ihering: quando a coisa está em poder do proprietário, nenhum interesse oferece o exame da posse, mas que se torna necessário quando a coisa passa do proprietário para alguém que dela se aproveita. Assim também na guarda: só em face do conflito entre pretendentes à guarda é que se tornam aplicáveis os princípios que regem o tema. Segundo Yussef Said Cahali, há um símile entre a posse e o domínio e a guarda e o poder familiar. Como a posse é o exercício de fato de alguns dos poderes inerentes ao domínio, mas com este não se confunde, a guarda do menor também é o exercício de fato de um dos atributos inerentes ao poder familiar, mas não se confunde com este, podendo ambos, também aqui, serem exercidos concomitantemente por pessoas diversas; o exercício da posse não extingue o direito de propriedade, assim como a concessão da guarda a um dos genitores, ou terceiros, não extingue ou elimina o poder familiar do outro.(GRISARD FILHO, 2016, p. 76)

Ainda, dispõe que

[...] a guarda não é da essência do poder familiar, sendo apenas de sua natureza, podendo ambos conviver pacificamente, ou seja, a

primeira (guarda) não exclui o segundo (o poder familiar). A guarda é dos elementos do poder familiar o mais destacável, com maior de independência e possui desdobramento próprios. (Ibid, p. 75)

Desse modo, observa-se que a autoridade parental do genitor não guardião pode ser considerada mais restrita por aspectos subjetivos de afastamento pessoal, mas conserva todas as faculdades decorrentes do poder familiar, tendo a mesma relevância jurídica que a autoridade parental do genitor guardião.

Sendo assim, a guarda e a autoridade parental não se confundem, considerando que esta primeira está contida na segunda, sendo mais restrita.

3 DA GUARDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O presente capítulo irá analisar o instituto da guarda no ordenamento jurídico como um todo, fornecendo um panorama sobre as modalidades de guarda admitidas no ordenamento jurídico pátrio, ao mesmo tempo que evidenciará o conceito de guarda e os direitos e deveres do genitor guardião e do genitor não-guardião.

Ainda, fará uma análise específica sobre a Guarda Compartilhada e a Guarda Alternada, evidenciando sua base normativa, seus modos de estabelecimento, suas peculiaridades e diferenças.

3.1 As principais modalidades de Guarda admitidas no ordenamento jurídico brasileiro

Fazendo uma análise acerca das modalidades de Guarda admitidas no ordenamento jurídico brasileiro com a ruptura da sociedade conjugal ou dissolução da união estável, mostra-se necessário evidenciar o caminho percorrido pelo legislador no tocante aos possíveis modelos de guarda, considerando a alteração dos critérios de estabelecimento desta com a promulgação das Leis 11.698/2008 e 13.058/2014.

Iniciando-se pela análise da Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), esta definia dois critérios para estabelecimento da guarda, um no caso de consenso dos pais e outro quando havia litígio. No primeiro caso, seria observado o acordado entre os genitores na dissolução¹⁴, enquanto que no segundo, caso a dissolução fosse fundada em culpa¹⁵, os filhos menores ficariam com o cônjuge inocente¹⁶ e, no caso de culpa de

¹⁴ Conforme art. 9º da Lei 6.555/1977: “Art 9º - No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.”

¹⁵ Segundo Paulo Lobo, citado por Flávio Tartuce (2018, p. 259-260) a nova redação da norma constitucional – referindo-se à Emenda Constitucional 66/2010 – tem a virtude de por cobro à exigência de comprovação de culpa do outro cônjuge e tempo mínimo. Sendo assim, defende que o divórcio, em que se convertia a separação judicial litigiosa, contaminava-se com os azedumes e ressentimentos decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, fato que prejudicava a formação dos filhos.

¹⁶ Conforme arts. 5º e caput do art 10 da Lei 6.555/1977: “Art. 5. A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.” “Art 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.”

ambos os genitores, os filhos menores ficariam com a mãe¹⁷. Importando salientar que o legislador trouxe a possibilidade de deferir a guarda à pessoa moralmente idônea da família de qualquer dos cônjuges caso o juiz concluísse que os menores não deveriam permanecer com o pai ou com a mãe.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, em sua redação original, ficou estabelecido, assim como na Lei supramencionada, que no caso de dissolução da sociedade conjugal de maneira convencional prevaleceria o acordo entre os cônjuges, mas, inovando em relação ao caso de dissolução litigiosa da sociedade conjugal, estabeleceu-se que a guarda seria atribuída a quem revelasse melhores condições para exercê-la. O legislador incluiu, também, a possibilidade de atribuição da guarda a terceiro no caso de impossibilidade de exercício pelo pai e pela mãe.

Segundo Flávio Tartuce (2016, p. 273), o Código Civil de 2002, em sua redação original, mudou-se o sistema anterior de guarda uma vez que a culpa não mais influencia a determinação do cônjuge que a deterá, ao contrário do que constava no art. 10 da Lei do Divórcio, norma revogada tacitamente pela codificação privada em decorrência da incompatibilidade de tratamento. Ocorre, no entanto, que apesar de alterar o sistema anterior de guarda, a legislação cível estabeleceu como única modalidade de guarda a unilateral.

Com a promulgação da Lei 11.698/2008, os dispositivos relativos à guarda sofreram alterações importantes, estabelecendo-se a possibilidade de guarda unilateral ou compartilhada, trazendo, pela primeira vez, o conceito de guarda compartilhada na legislação pátria. De acordo com a referida lei, a guarda compartilhada seria entendida como aquela em que há 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, enquanto que a guarda unilateral seria aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que os substitua.¹⁸

Como novidade, a Lei 11.698/2008, para além de apenas reproduzir que a guarda seria atribuída ao genitor que revelasse as melhores condições para exercê-

¹⁷ Conforme art. 10 da Lei 6.555/1977 “Art. 10 §1º. Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.”

¹⁸ “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. §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.”

la, estabeleceu uma série de critérios objetivos para a fixação dessa modalidade de guarda¹⁹. Além disso, a referida lei ainda estabeleceu o direito de supervisão, segundo o qual o pai ou a mãe que não detivesse a guarda do filho menor deveria supervisionar os interesses dos filhos.

Com a promulgação da Lei 13.058 em 22 de dezembro de 2014, também conhecida como Lei da Guarda Compartilhada obrigatória, como o próprio nome anuncia, ficou estabelecida a Guarda Compartilhada como o modelo obrigatório a ser adotado, salvo no caso de ocorrência de determinadas situações trazidas pela legislação.

Feita uma breve síntese sobre o percurso legislativo da guarda dos filhos menores após a ruptura da sociedade conjugal ou dissolução da união estável, cabe iniciar a conceituação dos principais modelos de guardas que podem ser adotados no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo-se dois modelos que não foram abordados pelo Código Civil, mas que um deles é objeto do presente trabalho.

3.1.1 A Guarda Unilateral:

A Guarda Unilateral, segundo Cesar Calo Peghini (2018, p. 58), trata daquela atribuída a um só dos genitores, sendo uma guarda exclusiva do pai ou da mãe e cabendo ao outro o direito de visitas. Conforme o artigo 1.583, §1º, do Código Civil de 2002, essa modalidade de guarda, também conhecida como guarda exclusiva, é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua²⁰.

Esse tipo de guarda era a regra até a institucionalização da guarda compartilhada e sua reformulação com a promulgação da Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2016, P. 178), dispõe que, a partir da edição da Lei 11.698/08, a guarda unilateral perdeu o status de regra, de modo que a guarda unilateral e a guarda compartilhada passaram a ter a mesma importância.

¹⁹ Art. 1583. §2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação.”

²⁰ Conforme artigo 1583, § 1º “Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) (...)”

Entretanto, com o surgimento da Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada passou a ser a regra no nosso ordenamento.

Segundo José Shiguemitsu Fujita (2016, P. 203), caso o juiz decida pela guarda unilateral, deverá atribuí-la ao pai ou a mãe utilizando como critério o atendimento às necessidades específicas do filho ou em virtude da distribuição de tempo de convivência necessária ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Ocorre, no entanto, que, apesar de a guarda unilateral poder ser estipulada com base no melhor interesse da criança ou adolescente em casos específicos, a doutrina aponta inúmeros prejuízos desse modelo à formação dos filhos.

Giselle Câmara Groeninga (2018, p. 153) aponta que a guarda unilateral, com o complementar direito de visitas e fiscalização, acaba por propiciar o afastamento entre filhos e pais, o uso indevido e desbalanceado do poder e fomentando a competição e o egoísmo.

Segundo Patrícia Ramos, (2016, p. 25) a estipulação da guarda unilateral e conseqüentemente o afastamento do genitor não guardião gera uma dificuldade no relacionamento pai-mãe-filho e gera disputas entre os pais, ocasionando graves prejuízos de caráter psicológico para os filhos.

Também apontando os defeitos da modalidade de exercício da guarda, Lucia Deccache Guimarães (2018, p. 217) dispõe que nesse modelo ocorre a privação do filho de não poder usufruir de um direito natural de viver com a presença de ambos os pais, de não poder receber de ambos pais afeto, amor e cuidado do ponto de vista subjetivo. Defende, assim, que há um cerceamento à dignidade, liberdade e convivência familiar.

Para Pedro Belmiro Welter (2009, p. 62) apud Kenia Maria Ferreira dos Santos (2016, p. 16), a concessão da guarda unilateral tornou-se exceção, devendo ser devidamente comprovada nos autos, mediante prova documental, testemunhal ou pericial, porque ela não mais condiz com a realidade da família contemporânea, ao não garantir à criança ou adolescente o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

3.1.2 A Guarda Compartilhada

A Guarda Compartilhada, estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro através das Leis 11.698/2008 e 13.058/2014, pode ser conceituada como 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.

Segundo Waldyr Grisard Filho (2018, p. 181) a guarda compartilhada tem como objetivo a continuidade do exercício comum da autoridade parental, tendo como premissa a continuidade da relação da criança com os dois genitores, tal qual era operada na constância do casamento, ou da união fática, conservando os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocos.

Essa forma de exercício da guarda, conforme dispõe Maria Berenice Dias (2013, p. 35), é a referência legal, pois garante maior participação de ambos os genitores no crescimento e desenvolvimento da prole, retirando da guarda a ideia de posse, ao mesmo tempo que propicia a continuidade da relação dos filhos com ambos os pais.

Segundo Fernanda Rocha Lourenço Levy (2018, p. 113), na guarda compartilhada os pais exercem de maneira conjunta e igualitária os direitos e deveres em relação aos filhos, havendo maior flexibilidade e paridade entre o pai e mãe em relação aos períodos de convivência.

Com a utilização dessa modalidade de guarda, o genitor que não reside na mesma residência que o menor tem assegurado o livre exercício do Poder Familiar e os filhos menores tem assegurada a participação dos dois genitores na sua formação pessoal e psicológica.

3.1.3 A Guarda Alternada

A Guarda Alternada, sendo modelo não disciplinado na legislação pátria, caracteriza-se pela atribuição da guarda, tanto jurídica quanto física, a um dos pais, sendo exercida em períodos distintos por cada um dos genitores, havendo uma divisão igualitária do tempo de convivência com o filho.

Segundo AMARAL, J. A. P, apud Waldyr Grisard Filho:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais de deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo, deter de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder

paternal. No termo do período, os papéis invertem-se. (AMARAL apud GRISARD FILHO, 2016, p. 130)

Resta caracterizada, portanto, uma guarda única. “Enquanto um dos genitores exerce a guarda no período que lhe foi reservado com todos os atributos que lhes são próprios (educação e sustento) ao outro se transfere o direito de visita.” (GRISARD FILHO, 2016, p. 130)

Nesse modelo, tanto a guarda jurídica quanto a guarda material é atribuída a um ou outro genitor durante o período o período temporal destinado a ele e, em que pese aparente garantir a convivência mais estreita do menor com os genitores, o modelo recebe inúmeras críticas da doutrina.

3.1.4 A Guarda por Nidação ou Aninhamento

Segundo Waldyr Grisard Filho (2018, p. 97), no aninhamento ou nidação são os pais que se revezam, mudando-se para a casa onde vivem os menores, em períodos alternados de tempo. Segundo o autor, tal modelo não perdura pelos altos custos que impõem a sua manutenção.

Rolf Hansen Madaleno apud Larissa Judith Silva²¹ (2012, p. 19) posiciona-se no mesmo sentido do autor supramencionado, dispondo que, no plano prático, esse modelo de exercício de guarda seria extremamente dificultoso aos pais adotarem duas residências por ano, ficando, também, os filhos inseguros em sua programação.

Em síntese, a doutrina considera esse modelo de guarda inviável.

3.2. A conceituação da Guarda e os direitos e deveres do genitor guardião e do genitor-não guardião

Após a diferenciação entre a autoridade parental ou poder familiar e a guarda e a exemplificação dos modelos de guarda adotados no ordenamento jurídico

²¹ Em sua Tese de Conclusão de Curso de título “O Eterno paralelo entre Guarda Compartilhada e Guarda Alternada” apresentado ao Curso de Direito no Centro Universitário de Formiga (UNIFOR-MG).

brasileiro, cabe proceder com a conceituação de guarda e a delimitação dos direitos e deveres daquele, pai ou mãe²², que a exercer.

Conforme destaca Waldyr Grisard (2018, p. 64), a guarda é um dos temas mais delicados de todo direito de família e é de grande dificuldade encontrar um conceito unívoco ao instituto, sendo tal dificuldade proveniente do tratamento residual que o legislador forneceu.

Esses diversos setores de atuação do direito de família não contemplaram sistematicamente a guarda, tal como estruturaram o poder familiar, a tutela e a curatela. A ela se referem tão somente como dever comum, mútuo e simultâneo cometido aos genitores, como efeito principal do casamento – igualmente aplicáveis aos filhos extramatrimoniais reconhecidos -, pelo art. 1.566, IV e como atributo do poder familiar, conforme art. 1.634, II, como vimos anteriormente. Entretanto, fora regulado pelo capítulo XI, do Subtítulo I, do Título I, do Livro da Família, ao cuidar do destino dos filhos menores na dissolução da sociedade conjugal nos arts. 1.583 a 1.590. (GRISARD FILHO, 2016, p. 63)

Observa-se, portanto, que o legislador não conceituou a contento o instituto, bem como não estabeleceu os limites e características da guarda, cabendo à doutrina exercer tal função. A guarda, portanto, “[...] não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram.” (Ibid., p. 65)

Segundo Anderson Schreiber (2018, p. 866) a guarda é instituto carregado de ambiguidade semântica, compreendido usualmente como “ato de vigilância, sentinela que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardado, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca, na educação e formação da personalidade dos filhos”²³.

José Antônio de Paula Santos Neto²⁴ conceitua o instituto como sendo “o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação a este”, enquanto que Guilherme A. Borda, apud Waldyr Grisard (2016, p. 65) compreende no estudo da guarda a vigilância, o direito

²² Nesse caso em específico, trata-se do pai ou da mãe, pois o objeto do presente trabalho aborda a guarda após a ruptura do vínculo conjugal pelo divórcio ou dissolução da união estável.

²³ Anderson Schreiber utiliza o conceito fornecido por Gustavo Tepedino em seu artigo “A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional”, p. 177.

²⁴ Tomando por base a definição oferecida por Rubens Limongi França, a qual consta na obra *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental de Waldyr Grisard Filho*.

de reter consigo os filhos menores, correlatamente à obrigação de estes viverem na casa dos pais e da responsabilidade pelos danos causados.

Observa-se, com isso, que nos conceitos fornecidos pela doutrina três pontos estão em consonância no que se refere aos direitos e deveres do genitor guardião: o dever de vigilância, nesse caso sendo relativo ao dever de vigiar os atos dos filhos e ocasionando a responsabilidade pelos atos destes, o direito do guardião de reter os filhos menores e o dever de ampla assistência. Como acréscimo às funções dos genitores, cabe mencionar o dever dos pais de administrar os bens dos menores, sendo tal incumbência estabelecida pelo art. 226, §5º da Constituição Federal de 1988.

Sintetizando a questão das funções do genitor guardião, Grisard (p. 112) dispõe que compete ao genitor guardião escolher a residência de ambos, velar e proteger o filho, educá-lo e sustentá-lo, encontrando fronteiras nos direitos de visita²⁵, companhia e fiscalização do genitor não guardião.

Em relação aos direitos e deveres do genitor não-guardião, Grisard dispõe que

Com o genitor a quem não foi atribuída a guarda subsistem certos direitos que os exercerá concorrente com o outro: conceder ou negar consentimento para casar; consentir na adoção; reclamar de quem ilegalmente detenha o menor; exigir-lhe obediência²⁶. São direitos próprios o de visitação (mais adequado, convivência) e o de fiscalização. É dever, que não se extingue com a desunião, o de alimentos. (2016, p. 114)

O direito de visitas²⁷, ou de convivência, conforme dispõe o autor supramencionado (Ibid., p. 116), é fundado em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar afeto, de firmar os vínculos familiares, à subsistência real, efetiva e eficaz.

No que se refere ao direito de fiscalização, esse é abordado sob o viés de fiscalização da educação e manutenção do filho sob a guarda do outro genitor e de vigilância a respeito das condições da guarda.

²⁵ O autor faz referência ao direito de visita nesse trecho, mas durante toda a obra frisa a importância de utilizar o tempo direito de convivência.

²⁶ Nesse caso, o autor menciona os atributos do poder familiar, os quais, como já explicitado, continuam com o genitor não-guardião em decorrência de determinação legal mesmo após a dissolução do vínculo conjugal ou da união estável.

²⁷ A doutrina critica o termo “direito de visitas”, entendendo melhor a expressão “direito de convivência”.

O dever de prestar alimentos, muito conhecido por causa das demandas judiciais ocasionadas para estabelecimento, revisão ou extinção da obrigação alimentar, possui caráter patrimonial e integra o art. 1.566, inciso IV do Código Civil: sustento, guarda e educação.

Sendo assim, observa-se que cabe precipuamente ao genitor guardião o dever de vigilância, de ampla assistência e de administração dos bens do filho menor, tendo o direito de retê-lo(s) perto de si, além das prerrogativas do poder familiar; no que se refere ao genitor não guardião, este possui o direito de convivência e os deveres de fiscalização e de prestar alimentos, além do exercício das prerrogativas do poder familiar elencadas no artigo 1.634 do Código Civil.

3.3 Da Guarda Compartilhada Obrigatória e seu fundamento jurídico

Conforme elucidado anteriormente, a Guarda Compartilhada foi conceituada legalmente pela primeira vez com a promulgação da Lei 11.698/2008, a qual positivou o instituto no ordenamento jurídico brasileiro²⁸.

Após sua positivação, o legislador brasileiro promulgou a Lei 13.058/2014 para efetivar e consolidar a Guarda Compartilhada, considerando que

Ainda que no campo normativo esta lei²⁹ já tivesse rompido com o paradigma da guarda unilateral à mãe, avançando para um sistema dual de guardas centrado no interesse dos filhos e norteado para o reequilíbrio dos papéis parentais após a dissolução da sociedade conjugal, no plano empírico sua baixa aplicação pelos juízes e tribunais não permitiu que o desiderato normativo fosse alcançado. Tornou-se, portanto, uma lei com baixa eficácia social.³⁰ (GRISARD, 2016, p. 197)

Como inovação, a Lei da Guarda Compartilhada obrigatória estabeleceu algumas diferenças em relação ao exercício da guarda compartilhada, ao mesmo

²⁸ De acordo com Suzana Borges Viegas de Lima (2018, p. 259), em que pese a guarda compartilhada só tenha sido positivada no nosso ordenamento jurídico, esta já vinha sendo adotada anteriormente nas varas de família a requerimento das partes, por recomendação dos membros do Ministério Público, pelas equipes multidisciplinares e acolhida pelos magistrados.

²⁹ O autor faz referência à Lei 11.698/2008.

³⁰ Como causas da baixa aplicação o autor menciona a não compressão do instituto e as numerosas exceções criadas para deixar de aplicar a guarda compartilhada, afirmando que a expressão “sempre que possível” constante no corpo do artigo 1.583 do Código Civil alterado pela Lei 11.698/2008 deu azo para que os aplicadores contornassem a regra.

tempo que trouxe novas determinações relativas aos direitos e deveres dos genitores que compartilham a guarda dos filhos menores, tendo alterado substancialmente os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 em relação ao exercício da guarda, sendo demonstradas nesse momento as principais alterações.

Inicialmente, a referida lei suprimiu a possibilidade de atribuição da guarda unilateral ao genitor que revelasse as melhores condições para o exercício, determinando, agora, que na guarda compartilhada o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Em seguida, determinou a necessidade de estabelecimento de cidade base de moradia dos filhos, estabelecendo como critério o melhor interesse dos menores.

No que se refere ao exercício da guarda no caso de litígio entre os genitores, ficou estabelecido que, no caso de aptidão destes para exercer o poder familiar, deve ser estipulada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. Para estabelecer as atribuições dos pais e os períodos de convivência, o legislador possibilitou que o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público poderá basear-se em orientação técnico profissional ou de equipe multidisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

Em relação à penalidade para a alteração não autorizada ou descumprimento imotivado da cláusula de guarda unilateral ou compartilhada, a Lei 13.058/2014 suprimiu a penalidade relacionada ao número de horas de convivência com o filho, porquanto seria incompatível com a nova normativa, considerando que na guarda compartilhada não se utiliza divisão exata do tempo de convivência com cada genitor.

No caso de verificação, por parte do juiz, que o filho não deve permanecer sob o guarda do pai ou da mãe, ficou determinado que será deferida a guarda para pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, sendo considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Evidenciando a importância da contemplação da guarda compartilhada, o Conselho Nacional de Justiça criou a Recomendação 25 indicando a necessidade que os juízes considerem a aplicação desse modelo de guarda como regra, devendo, na constatação de inviabilidade, justificar a impossibilidade à luz de critérios legais.

Com a vigência da lei 13.058/2014 e suas inovações em relação à Lei 1.698/2008, inúmeras discussões surgiram temendo risco de transformação da guarda compartilhada em guarda alternada, considerando o disposto acerca da divisão do tempo de forma equilibrada entre a mãe e o pai tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. Ocorre, no entanto, que o legislador não determinou a divisão igualitária do tempo, mas sim a divisão equilibrada.

Conforme Suzana Borges Viegas de Lima (2018, p. 323) “deve-se lembrar que, na guarda compartilhada, as decisões são tomadas em conjunto, o que não ocorre na guarda alternada.”

Ainda, dispõe que

O fato de estar prevista no Código Civil, em seu artigo 1.583, § 3º, a possibilidade de que os pais, ainda que residam em cidades diferentes, exerçam a guarda compartilhada, não a transforma em alternada, uma vez que continuará havendo o compartilhamento das decisões. É imperioso lembrar que a guarda compartilhada não se resume à mera divisão do tempo de convivência, mas, acima de tudo, refere-se à participação de ambos os pais no processo de educação e desenvolvimento dos filhos. Em nossa opinião, a alternância física, ou seja, a convivência em períodos alternantes não é elemento prejudicial ao bem-estar da criança, devendo ser avaliada em cada caso, para assegurar o seu bem-estar. (Ibid., p. 323)

Guilherme Calmon Nogueira Gama (2018, p. 191), defende que mesmo com a fixação da residência base do menor, não haverá direito de visitação e, por isso, o tempo de convívio e comunicação dos filhos com os pais deverá ser dividido de modo equilibrado. Para o autor, tal normativa não transformou o instituto em guarda alternada “[...] diversamente do que se poderia supor, mas apenas deixou evidenciado que não há regime de visitação relativamente a um dos pais quando houver guarda compartilhada.”

De acordo com Grisard Filho (2016, p. 183) a residência única onde o menor se encontra juridicamente domiciliado define o espaço dos genitores ao exercício de suas obrigações, de modo que o guardião que reside fixamente com o menor possui a guarda física imediata, mas que os genitores “[...] podem planejar como lhes convém a guarda física (arranjos de acesso ou esquemas de visita).” (Ibid., p. 189)

Em perfeita síntese, o autor destaca:

Nem os filhos nem a guarda se dividem. Na guarda compartilhada podem (e devem) os filhos passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixe prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento. Mesmo assim, 'a residência continua sendo única', conclui Eduardo de Oliveira Leite³¹. Isso porque a guarda compartilhada não se refere apenas à tutela física ou custódia material dos filhos, mas também a outros atributos do poder familiar." (Ibid., p. 184)

No tocante ao dever de educação, o autor acima citado dispõe que este compreende o de assistência, tanto em seu aspecto moral, como em seu aspecto material, elucidando que na guarda compartilhada não só as grandes decisões sobre o programa geral de educação e orientação são compartilhadas, mas também os atos ordinários, cotidianos e usuais.

Quanto à obrigação alimentar, o autor destaca (Ibid., p. 188) que a guarda compartilhada, como meio de manter (ou criar) os estreitos laços afetivos entre pais e filho, estimula os genitores ao cumprimento do dever de alimentos, que tem fundamento na solidariedade familiar, para que haja um equilíbrio na condição do menor.

3.3.1 Dos Princípios pertinentes à guarda e à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores

3.3.1.1 O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, cujo conteúdo é parâmetro para hermenêutica jurídica e a produção normativa do ordenamento pátrio, é de difícil determinação conceitual, porquanto sua identificação depende de inúmeros fatores tais como desenvolvimento físico, mental, moral, cultural e social da criança, sua idade e sexo, seu nível e maturidade, devendo ser avaliado singularmente, conforme aduz Waldyr Grisard (2016, pp. 82-83)

Na tentativa de trazer à doutrina um conceito, o autor referido considera razoável conceituar o melhor interesse da criança como "[...] um conjunto de bens

³¹ LEITE, E. O. Famílias... cit., p. 286.

necessários para assegurar o desenvolvimento integral e proteção da pessoa em desenvolvimento, no que resultar de maior benefício para ele.” (GRISARD FILHO, 2016, p. 83)

A construção desse princípio no decorrer da história remonta sua origem ao instituto do *parens patriae*, utilizado na Inglaterra pelo Rei da Coroa a partir do século XIV como prerrogativa para proteger aqueles não poderiam proteger-se por conta própria, conforme Tânia Pereira (1999, p. 1).

Com a crescente preocupação do reconhecimento da proteção à infância por Órgãos e Entidades internacionais, a Declaração de Genebra, em 1924, declarou a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial, influenciando documentos posteriores, como a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948, a qual destacou para a criança o direito a cuidados e assistências especiais, conforme sistematiza Patrícia Ramos (2016, p. 127)

Como consequência da influência dos documentos internacionais citados, a Assembleia das Nações Unidas, em 1959, adota a Declaração Universal dos Direitos da Criança elencando 10 princípios norteadores acerca da infância e da juventude, sendo parâmetro para que as autoridades locais e Governos nacionais adotassem de medidas legislativas e de outras naturezas³².

Partindo para o ordenamento jurídico brasileiro, Martha Toledo de Machado (2003, p. 105) dispõe que é de fulcral importância mencionar o sistema de proteção especial para crianças e jovens criado pela Constituição Federal de 1988, sendo esses reconhecidos como seres humanos em desenvolvimento físico, psíquico e emocional, delineando, especialmente nos artigos 226, 227 e 228, esse sistema de proteção especial. (2003, p. 105)

Nessa esteira, a autora (Ibid., p. 108) cita a importância da Convenção sobre os Direitos da Criança – Decreto 99.710 de 21/11/1990, como importante instrumento fixação do parâmetro hermenêutico do melhor interesse da criança como

³² Parágrafo final do Preâmbulo da Declaração disponível em <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>: “ASSIM, A ASSEMBLÉIA GERAL PROCLAMA esta Declaração dos Direitos da Criança, visando que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, os direitos e as liberdades aqui enunciados e apela a que os pais, os homens e as mulheres em sua qualidade de indivíduos, e as organizações voluntárias, as autoridades locais e os Governos nacionais reconheçam estes direitos e se empenhem pela sua observância mediante medidas legislativas e de outra natureza, progressivamente instituídas, de conformidade com os seguintes princípios:”

consideração prioritária, devendo ser observado pelas instituições públicas e privadas, tribunais e autoridades em todas as ações relativas às crianças.

Partindo para a análise do referido princípio aplicado especificamente no instituto da guarda dos filhos menores após a dissolução da sociedade conjugal, englobando a dissolução da união estável, importa mencionar o percurso da aplicação do princípio no instituto em questão.

Conforme dispõe Waldyr Grisard (2016, p. 80) o legislador pátrio seguiu a linha do legislador italiano, francês, alemão e espanhol, de modo que tomou como critério para atribuir a guarda do filho o *favor filial* ou interesse dos filhos.

Ainda sobre a escolha do legislador brasileiro, o autor dispõe que a positivação desse princípio pelo artigo 1.586 do Código Civil de 2002 está baseado no caráter de sujeito de direito que tem o menor, o qual não é objeto de direito dos pais e passa a ser o centro da gravidade da regulação legal e de toda atividade judicial.

Defende, portanto, que “A definição da guarda, na atual conjuntura, não pode ater-se apenas à acepção dos direitos e deveres que os pais possuem em relação aos filhos, decorrentes da autoridade parental.” (Ibid., p. 58)

Ocorre, no entanto, que nem sempre fora adotado pela legislação cível o critério do melhor interesse da criança e do adolescente de maneira absoluta, de modo que o Código Civil de 2002 sofreu algumas modificações durante o passar dos anos.

De acordo com Patrícia Ramos (2016, p. 131), o Código Civil de 2002, em sua primeira redação, acabou por adotar o princípio no sentido de que a guarda seria deferida àquele que revelasse melhores condições de exercê-la, deixando de alcançar o fim proposto por ocasionar desgaste familiar quando os genitores tentavam provar qual dos dois teria as melhores condições.

Com a promulgação da Lei 11.698/2008 e a conseqüente instituição da guarda compartilhada no Brasil, observou-se uma melhor aplicação do princípio, considerando que a presença de ambos os pais na criação do filho, numa separação cooperativa e não adversarial³³, beneficia a criança e melhor atende aos seus interesses.

Além da lei supramencionada, importa destacar a Lei 13.058/2014, a Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória, como instrumento reforçador da ideia de que a

³³ Esse era o critério adotado pela Lei.

guarda compartilhada é que atende ao melhor interesse de crianças e adolescentes, ainda que exista litígio entre os genitores, para que seja permitido o convívio de ambos os pais com a criança.

A partir disso, com a positivação do instituto no ordenamento jurídico, este tornou-se o principal fundamento para decisões judiciais em matéria de guarda.

Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2018, p. 700), a guarda de filhos está parametrizada pelo critério do melhor interesse da criança ou adolescente (the best interest of child), citando Washington de Barros Monteiro para dispor que o critério a orientar o juiz será o do interesse ou conveniência do menor, que deverá preponderar sobre os direitos ou prerrogativas a que, porventura, arroguem os pais.

Conclui-se, desse modo, com as palavras de Patrícia Ramos (2016, p. 136), que as soluções para as situações de conflituosidade envolvendo crianças e adolescentes devem se adequar ao Princípio do Melhor Interesse da Criança, garantido a prioridades desses sobre todos os outros interesses, de modo que devem ser utilizados outros ramos de conhecimento para encontrar respostas vinculadas às particularidades do caso concreto para sempre assegurar, de modo eficiente, o direito fundamental do convívio familiar do infante com os genitores.

3.3.1.2 O Princípio da Paternidade Responsável

Para elaboração do presente tópico foi tomado como base de conteúdo a Tese de Doutorado de Vanessa Ribeira Corrêa Sampaio cujo título é “*O Princípio da paternidade responsável: de suas diretrizes conceituais à influência sobre os efeitos decorrentes da filiação*” apresentada em 2012 na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, por abarcar de maneira aprofundada o princípio em questão.

Como já apresentado no tópico 2.1 do presente estudo, o Poder Familiar – ou Autoridade Parental – sofreu inúmeras modificações com o passar dos anos e com as mudanças dos valores da sociedade como um todo. A partir disso, observou-se que houve também uma mudança na caracterização da Paternidade Responsável, de modo que, como o conteúdo do poder familiar mudou, mudaram também as obrigações dos genitores e, com isso, a aferição do que seria o exercício responsável da paternidade passa a ter novos critérios.

Segundo Vanessa Ribeiro (2012, p. 109-110), a estrutura familiar patriarcal considerava o cuidado por parte do pai com a pessoa e patrimônio dos filhos menores como a referência de pátrio poder.

Com as mudanças ocorridas no decorrer dos anos, sobretudo com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a instituição do Princípio da Paternidade Responsável, houve alteração no conceito de cuidado de modo que foi atribuído aos pais a função de manter, criar, cuidar, proteger e progressivamente emancipar os filhos, utilizando um viés personalista para concretização dos direitos fundamentais dos filhos.

Observa-se, assim, uma alteração no conteúdo do cuidado, deixando esse de versar sobre a proteção patrimonial e pessoal – como cunho dos filhos como propriedade do pai – para tornar-se um dever de ambos os genitores de zelar pelos maiores interesses dos filhos.

Conforme dispõe a autora,

“A visão atual encontra-se modificada, pois o cuidado com a criação e formação dos filhos afigura-se como dever de realização responsável pelos pais. Isso acontece por se ter descortinado a realidade de que a família é ambiente em que se desenvolvem relações de cunho existencial e patrimonial, sendo as primeiras preponderantes em face das segundas.” (SOUZA, 2012, P. 114)

A previsão legal para o princípio em estudo encontra-se na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 229³⁴, no Código Civil de 2002 no artigo 1.634³⁵ e no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 22³⁶.

O sentido de cuidado, assim, foi alterado através da previsão constitucional da responsabilidade parental, passando a implicar “um dever moral e um dever jurídico, implícito na cláusula geral de proteção da pessoa humana, que se espraia por outros dispositivos constitucionais, dentre os quais se destaca o princípio da paternidade responsável.”, segundo Heloisa Helena Barboza apud SOUZA, 2012, p. 146.

³⁴ “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

³⁵ “Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: [...]”

³⁶ “Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)”

Fazendo uma análise dos efeitos práticos do cuidado, a autora (Op. Cit., p. 147) dispõe que este repercute fisicamente ao se impor que os pais promovam a subsistência da prole e o suprimento de suas necessidades de higiene, saúde, atividades esportivas e o conforto suficiente para uma vida sem privações extremas.

Assim, não cabe uma enunciação taxativa que tipifique em formas herméticas as atribuições que decorrem da responsabilidade parental. As condutas exigíveis são várias e, para tanto, um pressuposto se impõe para o cumprimento daqueles deveres: a presença construtiva, vedado o abandono da prole.” (SOUZA, 2012, p. 149)

Observa-se, assim, uma maior força do Princípio da Paternidade Responsável no ordenamento jurídico atual.

3.3.2 A guarda compartilhada física ou material e a guarda compartilhada jurídica ou legal

A guarda compartilhada, nos moldes que vemos hoje, foi construída através de um processo de mudanças legislativas, como já evidenciado no tópico 3.3 da presente monografia. A partir disso, é possível observar que a guarda compartilhada plena, física e jurídica em uma só modalidade, somente tornou-se realidade a partir da vigência da Lei 13.058/2014.

Conforme dispõe Rolf Madaleno (2018, p. 302), com a instituição da guarda compartilhada jurídica aprovada pela Lei 11.698/2008, o artigo 1.583 do Código Civil passou a adotar uma versão de guarda compartilhada dos filhos comuns, porquanto ficou estabelecido que não se alterariam as relações entre pais e filhos com o divórcio, a separação ou a dissolução da união estável dos genitores. Tratou-se, portanto, do reflexo natural do exercício do poder familiar dos pais que não deveria se alterar com o afastamento físico.

Em continuidade, o autor dispõe que, com o surgimento da Lei 13.058/2014, a guarda compartilhada dividiu-se em duas categorias diferentes e independentes, denominadas, de guarda compartilhada jurídica (da Lei 11.698/2008) e a guarda compartilhada física (da Lei 13.058/2014) e pela qual o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai. (Ibid., p. 244),

Acerca da segunda modalidade, a da guarda compartilhada física, o autor defende que esta poderá ser estabelecida por consenso ou por decisão judicial quando não houver acordo entre os pais, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercerem o poder familiar, salvo que um deles declare ao magistrado que não deseja a guarda do menor, nos moldes do já citado artigo 1.584, §2º do CC/2002.³⁷

Fazendo uma comparação com o direito norte americano, a guarda compartilhada jurídica equivale ao *joint legal custody* e a guarda compartilhada física equivale ao *joint physical custody*.

Segundo Dr. Henry S, Gornbein apud Patrícia Ramos (2016, p. 73) o termo *joint legal custody* faz referência à prerrogativa de “tomar decisões em conjunto”, significando que, mesmo em situações de divórcio ou dissolução da união estável, ambos os pais possuem o direito de tomar as decisões sobre o futuro dos filhos, embora a criança resida unicamente com um dos pais, que exerce a sua guarda física, enquanto que a *joint physical custody* é um arranjo para que ambos os pais possam estar o maior tempo possível com seus filhos, apresentando-se sob as mais diversas modalidades.

Waldyr Grisard (2016, p. 97) define a guarda jurídica compartilhada como um plano de guarda no qual ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente, e, nesse contexto de guarda jurídica compartilhada, dispõe que os genitores podem planejar a guarda material compartilhada. Essa última, implicaria na divisão do tempo de convivência do filho com cada um dos pais, que seria flexível.

No tocante à guarda material compartilhada, Maria Antonieta Pisano Mota apud Waldyr Grisard (2016, p. 97) alega que tal modelo se aproxima da chamada guarda alternada no sentido de que a criança terá moradias diferentes em períodos de tempo alternados, mas diferencia-se daquela, pois a guarda legal conjunta implica que os guardiões legais sejam ambos os genitores.

Ocorre, no entanto, que tal visão é equivocada.

³⁷ Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada física, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar a divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe, conforme artigo 1.584, §3º, do CC/2002.

Em relação à diferenciação da guarda material compartilhada com a guarda alternada, importa mencionar a questão da fixação da residência do filho menor para que fique claro que a divisão do tempo de convivência na guarda compartilhada não se trata de transformação do instituto na guarda alternada, porquanto não haverá rígida divisão do tempo de convivência.

Acerca da temática, Judith S. Wallerstein e Sandra Blakeslee apud Waldr Grisard (p.136) trazem à baila o termo dupla custódia, fazendo a divisão entre custódia legal e custódia física. A custódia legal, segundo as autoras, refere-se a um acordo no qual os pais dividem as responsabilidades e as principais decisões relativas aos filhos, inclusive a instrução, educação religiosa, problemas de saúde e, às vezes local de residência. Já a custódia física seria uma nova forma de família na qual os pais divorciados partilham a educação dos filhos em lares separados, mas mantendo o compromisso de manter dois lares para os menores e continuar cooperando um com o outro na tomada de decisões.

Conclui-se, desse modo, que, em que pese exista a necessidade de fixação da residência referência dos filhos menores quando do estabelecimento da guarda compartilhada, tal fato não é impeditivo para o exercício da guarda compartilhada, considerando que não interessa qual residência será considerada a residência base, “tratando os pais, em realidade, de repartirem suas tarefas parentais, assumindo cada um deles a efetiva responsabilidade direta por atos pessoais que refletirão na criação, educação e lazer dos filhos.” (MADALENO, 2018, p. 308)

Segundo Madaleno,

A imposição da guarda compartilhada física não é automática e generalizada, mas muito ao revés, segue sendo excepcional e dependente de uma orientação técnica que demonstre ao juiz a viabilidade e a pertinência da instituição de uma guarda compartilhada de divisão de tempo, e que também não precisa ser de um tempo obrigatoriamente equilibrado, de partes iguais, pois para atender aos melhores e reais interesses dos filhos a qualidade da convivência é infinitamente superior ao mero tempo de utilização desta convivência de pais que, se já eram ausentes na vigência do relacionamento, podem muito bem seguir com a mesma postura, deixando seus filhos serem cuidados por terceiros, como, por exemplo, os avós ou a atual companheira, ou algum parente colateral ou um serviçal.” (2018, p. 302-303)

Sendo assim, observa-se que a guarda compartilhada material e a guarda compartilhada jurídica compõem a guarda compartilhada como um todo a partir da

vigência da Lei 11.058/2014, de modo que a guarda compartilhada jurídica – com os direitos e deveres inerentes ao exercício da guarda – pertence de imediato aos dois genitores e a guarda material é exercida por ambos de acordo com as possibilidades do caso concreto e os arranjos feitos entre os pais.

3.4 A Guarda Alternada e seu fundamento jurídico

A guarda alternada, caracterizada pela possibilidade de cada um dos pais de deter a guarda do filho alternadamente por um período de tempo exercendo todos os atributos do poder familiar de forma exclusiva, não está positivada no ordenamento jurídico brasileiro de maneira específica, sendo um modelo importado de outros países introduzido na doutrina e nos tribunais.

Os defensores desse modelo de guarda fundamentam a possibilidade de sua utilização nos princípios norteadores da guarda e em tratados e convenções internacionais.

Segundo Caíque Tomaz Leite da Silva³⁸ (2013, p. 249), não há norma proibitiva da concessão da guarda alternada no ordenamento jurídico pátrio, existindo, na realidade, autorização expressa da Convenção sobre os Direitos da Criança e em outros diplomas de natureza supralegal.

Defende, assim, que o

[...] fato do legislador pátrio não ter expressamente consagrado a possibilidade jurídica da guarda alternada, não decorre necessariamente sua impossibilidade, pois os interesses normativos pressupostos ao instrumento normativo (interesse da criança em ter incrementada a participação do genitor não guardião na sua vida; interesse do genitor não guardião em contribuir psicologicamente para a formação da prole) guardam absoluta conformidade, senão identidade, com a guarda alternada” (Ibid., p. 277)

Fundamentando a possibilidade jurídica da guarda alternada, o autor acima referido (p. 252-253) dispõe que o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente e esta ingressou no ordenamento jurídico através da

³⁸ Autor do Parecer cujo título é “Ensaio sobre a possibilidade jurídica da Guarda Alternada” publicado na Revista Esmat, Palmas, Ano 5, nº 5, pag. 241 a 286, jan/jun de 2013 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

promulgação do Decreto 99.710/90, tendo caráter supralegal por ter sido aprovado segundo procedimento de lei ordinária, mencionando como legislação autorizativa o art. 9º, §3º, dispondo que os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, salvo se contrário ao interesse superior da criança.

Desse modo, defende que o dispositivo acima mencionado aduz que a criança tem direito a manter regularmente pessoais e contato direto com os pais, dispondo que a expressão contato direto implica em guarda física e que tal realidade só seria possibilidade com a guarda alternada.

Ainda, fundamenta a possibilidade da utilização da guarda alternada no art. 18, §1º, segundo o qual os Estados-partes devem diligenciar para assegurar o princípio de que ambos os pais tenham uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento do filho.

3.4.1 Da possibilidade ou não do estabelecimento da Guarda Alternada após a Lei 13.058/2014 – Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória

Tendo sido demonstrada a base legal que fundamenta a guarda alternada, cumpre proceder com a análise da viabilidade desse modelo de guarda após a promulgação da Lei 13.058/2014 e consequente estipulação da guarda compartilhada obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme mencionado anteriormente, a Lei 13.058, conhecida como Lei da Guarda Compartilhada, alterou o Código Civil de 2002 estabelecendo a Guarda Compartilhada como modelo obrigatório de guarda no caso de genitores que não convivem no mesmo teto, excepcionados os casos que a lei autoriza a estipulação da guarda unilateral.

Cumpre observar, no entanto, que o legislador faz menção a apenas dois modelos de guarda: a unilateral e a guarda compartilhada.

Sendo assim, fica o questionamento acerca da possibilidade ou não de adoção de modelo diverso de guarda quando a dissolução do vínculo conjugal ou da união estável dos genitores. No caso do presente estudo, se seria possível a estipulação da guarda alternada.

Pois bem.

Segundo Grisard Filho (2016, p. 209), diante da complexa realidade de casos de guarda, não se pode excluir a possibilidade de aplicação de outros modelos como o da guarda alternada, com ampla visitação, ainda que não seja recomendado por outras áreas do conhecimento humano, desde que a decisão de estipulação desse modelo seja baseada em criteriosa avaliação técnico profissional ou em equipe multidisciplinar.

Dispondo, ainda, que, em que pese a guarda compartilhada seja obrigatória, é preciso observar que em determinados casos

“[...] a guarda compartilhada contrariará o melhor interesse da criança, princípio que lhe serve de fundamento, podendo conduzir a resultados desastrosos. Ainda que abstratamente tal modelo represente o melhor interesse da criança, o caso concreto poderá apresentar peculiaridades que invalidam tal ponderação, revelando que, naquele caso, a guarda compartilhada será prejudicial a criança ou adolescente.” (GRISARD, 2016, p. 226)

Guilherme Calmon Nogueira da Gama apud Grisard (2016, p. 209) e Fernanda Rocha Lourenço Levy (2018, p. 92) defendem a não taxatividade dos modelos de guarda trazidos pelo Código Civil, ao mesmo tempo que esta última enfatiza a necessidade de utilização de uma interpretação extensiva e teleológica do caput do art. 1.583 do Código Civil.

Em que pese conclua-se pela viabilidade do estabelecimento da guarda alternada, importa salientar que essa é duramente criticada pela doutrina ante os problemas que pode ocasionar na rotina, hábitos e estabilidade de suas relações.

Dispõe Arnaldo Leandro apud Waldyr Grisard (2016, p. 131) que a guarda alternada não está em harmonia com o interesse do menor, porquanto ela pode afetar gravemente o equilíbrio do menor, de modo que não provém as necessidades básicas do menor de continuidade e estabilidade das suas relações e ambiência afetiva cuja quebra pode prejudicar o seu normal desenvolvimento.

Levy (2008, apud GRISARD FILHO, 2016, p. 60) afirma que esse modelo de exercício de guarda “[...] trata-se do reflexo do egoísmo dos pais, que pensam nos filhos como objetos de posse, passíveis de divisão de tempo e espaço [...]”

Sendo assim, conclui-se pela viabilidade legal da guarda alternada mesmo após a promulgação da Lei 13.058/2014, devendo existir fundamentação com base em criteriosa avaliação técnico profissional ou em equipe multidisciplinar com base no

Princípio do Melhor Interesse da Criança para que não sejam violados os direitos dos filhos menores.

4. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS MENORES EM CADA MODELO DE GUARDA ABORDADO

“Restituir a vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito constitui uma exigência da justiça comutativa (ou corretiva), sob pena de não se realizar a função primordial da responsabilidade civil.” (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 29) Em decorrência dessa necessidade, neste capítulo será abordado o instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, pormenorizando o histórico legislativo, conceituação e os tipos de responsabilidade.

Em atenção à necessidade de esclarecer a questão da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores no exercício da Guarda Compartilhada e da Guarda Alternada, será feita uma análise da responsabilidade civil pelos atos de outros ou fatos de outrem – nesse caso, dos filhos – em relação às duas modalidades de guarda mencionadas, bem como será mencionada a responsabilidade parental em sentido amplo.

4.1 A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro: histórico legislativo, conceito e função

A responsabilidade civil foi um dos institutos que mais sofreu alterações desde o Código Civil de 1916, de modo que grande parte da doutrina conclui que ocorreu, na realidade, uma revolução da responsabilidade civil no nosso ordenamento.

O artigo 159 do CC/1916 – que englobava quase todo o instituto – instituiu o sistema da culpa provada e fixou a responsabilidade subjetiva como principal tipo de responsabilização, traduzindo os ideais liberais do século XX. Segundo Sérgio Cavalieri Filho “O nosso sistema era uma espécie de ‘samba de uma nota só.’” (2019, p. 2)

Com as mudanças sociais e, especialmente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve, como mencionado, uma revolução na responsabilidade civil, tendo a Carta Magna pacificado a questão da indenização por dano moral, estendido a responsabilidade objetiva para todos os prestadores de serviços públicos, bem como disciplinado a responsabilidade por ato judicial, dano nuclear e danos ambientais.

Sendo assim, observa-se que a responsabilidade civil passa a adquirir caráter constitucional.

Também muito importante para a consolidação da nova responsabilidade civil e para o “esquecimento” do modelo da culpa provada, o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, estabeleceu a responsabilidade objetiva, “fundada no dever e segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo.” (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 32)

Completando a evolução, o Código Civil de 2002 trouxe em seu texto todos os avanços alcançados através da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, criando um sistema de responsabilidade prevalentemente objetivo, sem exclusão, no entanto, da responsabilidade subjetiva.

Como conceito, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald trazem que “Em direito civil a responsabilidade é ainda definida em seu sentido clássico, como ‘obrigação de reparar danos que infringimos por nossa culpa, e em certos casos determinados pela lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo” (FARIAS, ROSEVALD, 2017, p. 34)

No que se refere à sua função, em breve síntese, delinea-se que está intrinsecamente ligada ao Princípio da Reparação Integral ou *Restitutio in Integrum*, o qual, segundo Sergio Cavalieri Filho (2019, p. 26), busca, tanto quanto possível, repor a vítima à situação anterior à lesão, materializando essa situação através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Segundo o autor, o anseio de obrigar o agente causador do ano a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça.

Parte da doutrina aponta a noção de justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco* como fundamento do princípio acima referido (Ibid. p. 26).

No que se refere à extensão do Princípio da *Restitutio in Integrum*, Cavalieri Filho expõe que

“A extensão do princípio da reparação integral foi magistralmente sintetizada pela doutrina francesa, como abrangendo *tout le dommage, mais rien que le dommage* – “todo o dano, mas não mais que o dano”, complementando com a afirmação de que “a soma devida a título de danos deve corresponder rigorosamente à perda causada pelo fato danoso.” (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 26)

Ainda, segundo lições do Ministro Sanseverino apud Cavalieri Filho (2019, p. 27), podem ser identificadas três funções para a referida norma principiológica: a função compensatória, a função indenitária e a função concretizadora.

Para melhor entendimento, vide explicação do supramencionado Ministro:

“A plena reparação do dano deve corresponder à totalidade dos prejuízos efetivamente sofridos pela vítima do evento danoso (função compensatória), não podendo, entretanto, ultrapassá-los para evitar que a responsabilidade civil seja causa para o enriquecimento injustificado do prejudicado (função indenitária), devendo-se estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora)” (Ov. Cit., p. 58 apud CAVALIERI FILHO, 2019, p. 27)

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 49) a finalidade de repor o ofendido ao estado anterior à eclosão do dano injusto é uma pretensão idílica, pois raramente a condenação será capaz de preencher a totalidade dos danos sofridos, mas, ainda assim, é um ideal que deve tentar ser alcançado.

Como base normativa, o princípio em questão encontra-se sucintamente enunciado no artigo 944 do Código Civil de 2002³⁹, havendo uma enfática relação entre a dimensão dos danos sofridos pelo ofendido e a reparação que deve ser prestada pelo ofensor.

4.1.1 As espécies de Responsabilidade Civil

4.1.1.1 A Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual

Conforme dispõe Cavalieri Filho (2019, p. 29) quem infringe dever jurídico *lato sensu* de que resulte dano a outrem fica obrigado a indenizar.

Esse dever, passível de violação, pode ter como fonte uma relação jurídica obrigacional preexistente ou pode ter por causa geradora uma obrigação determinada pela própria lei. Com base nesse contraponto, a doutrina divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual, de acordo com a qualidade da violação.

³⁹ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.”

Sendo assim, no caso de preexistência de um vínculo obrigacional, há a responsabilidade contratual, sendo o dever de indenizar consequência do inadimplemento – chamado de ilícito contratual.

No caso de o dever de indenizar surgir em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima exista qualquer relação jurídica preexistente que o possibilite, há a responsabilidade extracontratual - chamada de ilícito aquiliano ou absoluto.

Na precisa lição do professor Ricardo Pereira Lira apud Cavalieri Filho, “o *dever jurídico* pode surgir da lei ou da vontade dos indivíduos. Nesse último caso, os indivíduos criam para si deveres jurídicos, contraindo obrigações em negócios jurídicos, que são os contratos e as manifestações unilaterais de vontade.” (LIRA apud CAVALIERI FILHO, 2019, p. 30)

4.1.2.2 A Responsabilidade Civil Subjetiva e Objetiva

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2019, p. 32) os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva estão elencados no artigo 186 do Código Civil e são a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano.

Ainda segundo o autor, a culpa é o fundamento desse tipo de responsabilidade, de modo que, por essa concepção clássica, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa – em sentido amplo – do agente.

No que se refere à responsabilidade civil objetiva, é possível observar que esta já fora introduzida pelo tópico 4.1 do presente trabalho quando evidenciado que a responsabilidade civil no ordenamento jurídico atual é prevalentemente objetiva.

A título de síntese conceitual, a responsabilidade objetiva é aquela baseada na teoria do risco, sem culpa, evidenciada nos artigos 927 e 931, e outros, do Código Civil. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 31)

4.1.2.3 A Responsabilidade Civil nas relações de consumo

A responsabilidade civil nas relações de consumo é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual, em cumprimento ao disposto no artigo 5º, XXXII⁴⁰ da Constituição Federal de 1988, provocou drásticas mudanças na responsabilidade civil brasileira desde que entrou em vigor em 1991.

Segundo Cavalieri Filho (2019, p. 31) essa lei, a fim de dar cumprimento à sua vocação constitucional, criou uma sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, aplicável a todas as relações de consumo, onde quer que vierem a ocorrer – no Direito Público ou Privado, contratual ou extracontratual, material ou processual, instituindo uma disciplina jurídica única e uniforme destinada a tutelar os direitos materiais ou morais de todos os consumidores em nosso país.

Conforme o autor, a responsabilidade nas relações de consumo é objetiva,

[...] fundada no dever e segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto que a própria responsabilidade subjetiva.” (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 32)

4.2 A responsabilidade civil por atos de terceiros

Iniciando a análise da responsabilidade civil por atos de terceiros ou por fato de outrem, importa mencionar que esta é exceção no sistema normativo, sendo a regra que cada um responde por seus próprios atos, exclusivamente pelo que foi praticado – responsabilidade direta. Excepcionalmente, como dito, um indivíduo pode ser responsabilizado pelo fato de outra pessoa, sendo configurada a responsabilidade indireta nas hipóteses do artigo 932 do Código Civil.

A título de informação, cumpre mencionar que alguns autores, como Sergio Cavalieri Filho, consideram a responsabilidade pelos atos de terceiros um tipo de responsabilidade por fato próprio omissivo – expressão originária da doutrina francesa –, porquanto os indivíduos que respondem nessa modalidade de responsabilidade civil o estarão fazendo por ter concorrido com o dano por falta de vigilância ou cuidado.

⁴⁰ “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”

Sintetizando, o autor (2019, p. 289) afirma que o ato do autor material do dano é apenas a causa imediata, sendo a omissão daquele que tem o dever de guarda e vigilância a causa mediata.

Exposta a contribuição do referido autor para a discussão da essência da modalidade, importa retornar à análise da responsabilidade por atos de terceiros como responsabilidade indireta, sendo necessário demonstrar qual o fundamento jurídico que excepciona a regra da responsabilidade por ato próprio.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2017, p. 544), o fundamento da imposição da responsabilidade pelos atos de outros liga-se à constatação de que a responsabilidade civil seria de limitada efetividade se em certos casos a legislação não pudesse impor o dever de indenizar à pessoa diversa daquela que causou o dano. Dispõe, assim, que nessas hipóteses respondem pelo dano não apenas quem a ele deu causa, mas também outras pessoas relacionadas de algum modo com o ofensor.

Essa relação que o causador do dano tem com indivíduo que será responsabilizado deverá ser um vínculo jurídico, de modo que a responsabilidade somente desborda do autor material do dano e alcança alguém que não concorreu diretamente para ele quando há um dever de guarda, vigilância ou custódia. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 289)

Assim dispõe o artigo 932 do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Complementa o dispositivo acima referido o artigo 933 da mesma legislação, dispondo que: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

Portanto, observa-se que, em que pese a regra do nosso ordenamento seja a responsabilidade direta ou por fato próprio, a legislação pátria estabeleceu a

possibilidade de responsabilização de indivíduos por atos danosos de terceiros, desde que exista um vínculo jurídico que determine um dever de guarda, vigilância ou custódia entre o causador do dano e o responsabilizado.

Estabeleceu-se, ainda, a responsabilidade objetiva dos responsáveis através da dicção do artigo 933, especificamente no trecho que demonstra que responderão ainda que não haja culpa.

Além da existência do vínculo jurídico entre as partes para que possa haver a responsabilização do agente que possuía o dever de cuidado ou vigilância sobre o agente causador, é de fulcral importância mencionar que, para configurar o dever de indenizar, o ato praticado deve ser considerado culposos se nas mesmas condições tivesse sido praticado por pessoa imputável.

Portanto, ao analisar o ato praticado, deve ser levado em consideração se este, caso fosse praticado por pessoa plenamente capaz, seria considerado um ilícito. Se a resposta for positiva, configura-se o dever de indenizar do responsável.

Para Cavalieri Filho (2019, p. 292), de onde se conclui que na responsabilidade pelo fato de outrem há, na realidade, o concurso de duas responsabilidades: a do responsável (pais, tutor, curador, patrão) e a do incapaz ou empregado. A do primeiro é objetiva, porque tem o dever de vigilância e cuidado; a do segundo é subjetiva, porque, embora desnecessária a culpa do civilmente responsável, é indispensável em relação ao agente, autor do fato material.

4.3 A responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores

Como modalidade de responsabilidade abrangida pela responsabilidade por atos de terceiros ou fato de outrem, a responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores encontra fundamento na presunção absoluta de quebra do dever de vigilância do guardião quando o filho menor pratica ato causador de dano, não havendo distinção no Codex atual em relação aos menor púberes e impúberes⁴¹, conforme dispõe Grisard, 2016, p. 192.

⁴¹ O artigo 156 do Código Civil de 1916 trazia presunção relativa de culpa dos pais, dispondo que “O menor, entre 16 (dezesesseis) e 21 (vinte e um) anos, equipara-se ao maior quanto às obrigações resultantes dos atos ilícitos, em que for culpado.”

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 548), já faz parte da tradição jurídica a responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, sendo tratada pelo Código Civil vigente como responsabilidade civil objetiva, não admitida prova por partes dos pais de que não houve negligência, como poderia ocorrer na legislação cível anterior.

A título de facilitação da explicação da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores aplicadas ao presente estudo, faz-se necessário tratá-la em duas situações distintas: Primeiramente, quando da constância do casamento ou união estável; em segundo lugar, quando houve o desfazimento da entidade familiar entre os genitores, seja pelo divórcio ou dissolução da união estável.

Na hipótese de existência de laços de matrimonialidade entre os genitores, a configuração da responsabilidade destes pelos atos praticados pelos filhos menores é mais simples, porquanto no exercício conjunto da guarda e dos atributos do poder familiar “a responsabilidade é presumida como complemento do dever de educação do dever de educar os filhos e manter a vigilância sobre eles.” (GRISARD, 2016, p. 113).

No caso da responsabilidade pelos atos dos filhos menores após a dissolução do casamento ou união estável, essa possui um grau de complexidade maior para aferição porquanto há influência do modelo de guarda adotado no exercício da “autoridade e companhia” mencionadas no artigo 932, inciso I do CC/2002.

Segundo Grisard Filho (2016, p. 114) cessada a união dos pais e determinada a unilateralidade da guarda, cessa a solidariedade, recaindo sobre o genitor guardador a exclusividade da presunção de culpa, dispondo que, por ter citado a necessidade da companhia, o legislador preferiu concentrar a responsabilidade no genitor que detém a guarda em vez de no poder familiar, já que, de fato, é este que tem o dever de educar e vigiar o menor.

Mário Aguiar Moura apud Grisard Filho (Ibid., p. 114) leciona que se a guarda do filho foi estabelecida para um dos genitores, cabe a este a responsabilidade patrimonial decorrente da prática de ilícitos contra terceiros, sendo o fundamento jurídico a criação da *culpa in vigilando* decorrente da falta de vigilância, dispondo que esta é consequência da guarda e não do poder familiar.

Waldyr Grisard Filho apenas excepciona a responsabilidade do genitor que detém a guarda no caso de o evento danoso ter sido praticado quando o menor estivesse aos cuidados do outro genitor.

No caso de separação judicial ou divórcio, com atribuição de guarda única, será responsável o que exerça a guarda exclusiva, por erro na educação ou falha no dever de vigilância, salvo se ao produzir-se o evento danoso o filho estivesse aos cuidados do outro genitor.” (GRISARD, 2016, p. 191)

Seguindo na mesma linha, Cavalieri Filho (2019, p. 291) faz um confronto entre o artigo 1.521, inciso I do CC/1916 e o artigo 932, inciso I, do CC/2002 e observa que a legislação optou por substituir o termo “sob seu poder” pela expressão “sob sua autoridade”, defendendo que autoridade não é sinônimo de poder familiar. Entendeu, assim, que o legislador restringiu a obrigação de indenizar àqueles que efetivamente exerçam a autoridade e tenham os filhos menores em sua companhia e exerce sobre eles o poder de direção.

Acerca dos fatores de aferição da autoridade dos pais – tema de alta complexidade ante as inúmeras formas de constituição e organização familiar – Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 550) dispõem que a guarda é o primeiro fator de aferição da autoridade, mas que não seria o único. Defende, portanto, que, em que pese os julgados mais antigos entendam objetivamente que sem guarda não há responsabilidade civil, há uma tendência contemporânea que permite responsabilizar mesmo o pai ou mãe que não detém a guarda, devendo ser analisado o caso concreto.

Pelo exposto, conclui-se que, como a companhia e autoridade mencionadas no art. 932, I são critérios para responsabilização dos pais pelos atos dos filhos menores e também são condições inerentes e desenvolvidas no exercício da guarda, o genitor responsável pelos ilícitos cometidos pelos filhos menores é aquele detentor da guarda ou o não detentor que se encontra em período de convivência com o menor no momento da prática do ato. Não se pode negar, no entanto, que o tema possui alta complexidade e podem existir decisões judiciais em sentido diverso quando analisadas as peculiaridades dos casos concretos.

4.3.1 Da impossibilidade de exercício do direito de regresso dos pais contra os filhos menores

Configurada a responsabilidade dos pais pelo ato danoso praticado pelo filho menor e caracterizado o dever de indenizar, cumpre esclarecer que, sendo exceção para a regra geral que possibilita reaver o que foi pago, não cabe direito de regresso dos pais em face dos filhos menores, nem como o caso de adiantamento do que caberia ao filho a título de herança, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald. (2017, p. 560)

Nesse toar, o art. 934 do CC dispõe que “Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendendo seu, absoluta ou relativamente incapaz.”

Sendo assim, não há direito de regresso dos pais pela indenização paga a título de responsabilidade civil por ato de seus filhos menores sobre sua autoridade.

4.3.2 Da possibilidade de responsabilização patrimonial subsidiária dos filhos menores

A responsabilização patrimonial subsidiária dos filhos menores fora trazida pelo Código Civil de 2002 por um critério mitigado e subsidiário, ocorrendo somente nos casos em que os responsáveis – nesse caso, os pais – não tiverem obrigação de responder pelos prejuízos causados ou quando estes não dispuserem de meios suficientes para tanto, conforme art. 928 do CC/2002.

Acerca da temática, cumpre salientar que os menores não cometem ilícitos civis, em decorrência de sua inimputabilidade, por isso trata-se de responsabilização de caráter apenas patrimonial.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald

[...] os menores não cometem ilícitos civis, em virtude de sua inimputabilidade. Podem, contudo, à luz da ordem jurídica vigente, ser civilmente responsáveis por determinados danos. Cabe sempre lembrar que ilicitude civil não se confunde com responsabilidade civil. A incapacidade civil produzirá duas ordens de efeitos: (a) atrairá a responsabilidade objetiva dos pais, tutores ou curadores (Código Civil, art. 932, I e II); (b) evidenciará sua própria responsabilidade

patrimonial, porém subsidiária e mitigada (Código Civil, art. 928, parágrafo único). (FARIAS, ROSENVALD, 2017, p. 561)

Almedina apud Sergio Cavalieri Filho dispõe existem requisitos para que possa ocorrer a responsabilização patrimonial do inimputável, sendo necessária a verificação de:

(a) que haja um facto ilícito; (b) que esse facto tenha causado danos a alguém; (c) que o facto tenha sido praticado em condições a ser considerado culposos, reprovável, se nas mesmas condições tivesse sido praticado por pessoa imputável; (d) que haja entre o facto e o dano o necessário nexos de causalidade; (e) que a reparação do dano não possa ser obtida dos vigilantes do inimputável; (f) que a equidade justifique a responsabilidade total ou parcial do autor, em face das circunstâncias concretas do caso. (ALMEDINA apud CAVALIERI FILHO, 2019, p. 294)

Como exemplo de situação em que os genitores não dispõem de meios suficientes para responder pelos prejuízos causados pelos filhos, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2017, p. 562) mencionam o caso de genitores que decidiram transferir, ainda em vida, o patrimônio que dispõem para o filho menor. Este, por imprudência, apossa-se das chaves do carro dos pais e causa graves danos. Nesse caso, se os genitores não dispuserem de meios para responder pelos prejuízos causados o incapaz responderá civilmente com seu patrimônio.

No que se refere à hipótese de os pais não terem obrigação de responder pelos filhos menores, o autor acima citado (Ibid., p. 260) menciona o caso da responsabilidade civil negocial trazida pelo artigo 180 do Código Civil, através do qual ficou estabelecido que o menor relativamente incapaz responde diretamente pelas obrigações contratuais assumidas sem o assistente, não podendo, para se eximir da obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

Sendo assim, observa-se que, em que pese os pais respondam civilmente pelos atos praticados pelos filhos menores sob sua autoridade, há a possibilidade de responsabilização patrimonial dos filhos menores nos casos em que o genitor responsável não tiver obrigação de responder pelos prejuízos causados ou quando este não dispuser de meios suficientes para tanto.

4.3.3 A responsabilidade civil dos pais e a emancipação dos filhos

A emancipação, conceituada por Flávio Tartuce (2016, p. 140) como sendo o ato jurídico que antecipa os efeitos da aquisição da maioridade e da consequente capacidade civil plena para data anterior àquela em que o menor atinge os 18 anos de idade, possui relevância no que se refere à responsabilização pelos atos dos filhos menores.

O artigo 5º e incisos do Código Civil dispõe que:

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Analisando o instituto, é possível observar que, através dele, indivíduos que ainda não completaram 18 anos – sendo menores de idade – adquirem capacidade civil plena, gerando uma confusão se, mesmo sendo o menor emancipado, caberia a responsabilização dos pais pelos atos desses filhos menores.

Sobre a temática, Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal (2017, p. 556-557) dispõem que o tipo de emancipação influi na responsabilização ou não dos pais pelos atos praticados pelos filhos.

Segundo os autores, na emancipação voluntária há responsabilidade solidária dos pais pelos danos causados pelo menor à terceiros, buscando-se evitar emancipações fraudulentas e maliciosas. Em relação às “emancipações legais”⁴², o menor é considerado emancipado para todos os efeitos civis e os responsáveis não responderão por eventual dano causado por ele.

⁴² Termo utilizado pelo autor para efeito de simplificação, já que o mesmo reconhece que todas as emancipações são legais.

Sendo assim, resta evidenciado que há possibilidade de responsabilização solidária dos pais pelos atos dos filhos menores emancipados, desde que este tenha sido emancipado voluntariamente.

4.3.4 A Responsabilidade Parental em sentido amplo: pressupostos fundamentais de acordo com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança

Feita a análise da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores na seara do Direito Civil brasileiro, é de grande relevância traçar o conceito da Responsabilidade Parental em sentido amplo, porquanto esta última, abordada inicialmente na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – Resolução 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, é de suma importância para o entendimento dos pressupostos que fundamentam a responsabilização dos pais.

Para tanto, foi tomado como base o estudo feito Nicolás Espejo Yaksic, cujo título é *“El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”* publicado em 2017 pela Thomson Reuters & Legal Publishing Chile.

O autor, inicialmente, faz uma análise das mudanças ocorridas nas entidades familiares tomando como base as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, informando que o Tribunal reitera a inexistência de um modelo específico de família, de modo que as realidades devem ser analisadas caso a caso.

No que se refere à Responsabilidade Parental, mostrou-se de suma importância fazer a distinção do instituto no que se refere aos agentes que participam da relação. Sendo assim, segundo o autor, existem dois grupos de relações: “1) Relaciones entre adultos responsables y: a) Los niños bajo su cuidado y; b) Otros adultos y el Estado; 2) Relaciones entre los niños y: a) Los adultos responsables y; b) el Estado.” (YASIC, P. 40)

No que se refere ao presente trabalho, o enfoque será na relação dos adultos responsáveis com os filhos.

Yasic (2017, P. 40) explicita que os adultos responsáveis possuem, em relação aos filhos, um dever que deriva da posição de adulto encarregado de exercer o cuidado primário ao desenvolvimento da criança dependente e, em relação a outros

adultos e ao Estado, possui o privilégio de exercer preferencialmente os deveres parentais. Desse modo, “Es decir, en una sociedad liberal, son los padres (no el Estado o un tercero) quienes ejercen preferencialmente las funciones de cuidado esenciales para el desarrollo emocional e integral de los niños.” (YASIC, P. 41)

Em contrapartida a esse privilégio no exercício da responsabilidade parental, o autor informa que esta – a responsabilidade parental – não pode ser exercida com discricionariedade absoluta, limitando esse privilégio ao obrigar que os pais respeitem e promovam o exercício dos direitos dos filhos, que possuem um espectro alargado.

Segundo o autor,

“Sin embargo, los deberes parentales no se reducen a meras obligaciones morales o éticas. Debido a que “responsabilidad parental” no es sólo un término moral, social o cultural sino que también “legal”, ella genera normas jurídicas que generan consecuencias legales más o menos precisas (alimentos, protección, representación legal, entre otras) dependiendo de los contextos normativos de que se trate.” (YASIC, P. 41) (grifo nosso)

Nesse contexto, por exemplo, encontra-se o fundamento para a responsabilização civil dos pais pelos atos dos filhos menores.

Como fundamento, o autor cita os artigos 5º e 18 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, os quais dispõem que:

Art. 5º. Os Estados Partes devem respeitar as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, quando aplicável, dos membros da família ampliada ou da comunidade, conforme determinem os costumes locais, dos tutores legais ou de outras pessoas legalmente responsáveis pela criança, para proporcionar-lhe instrução e orientação adequadas, de acordo com sua capacidade em evolução, no exercício dos direitos que lhe cabem pela presente Convenção.

Art. 18. Os Estados Partes devem envidar seus melhores esforços para assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Os pais ou, quando for o caso, os tutores legais serão os responsáveis primordiais pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação básica será a garantia do melhor interesse da criança.

Para garantir e promover os direitos enunciados na presente Convenção, os Estados Partes devem prestar assistência adequada aos pais e aos tutores legais no desempenho de suas funções na educação da criança e devem assegurar a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado da criança.

Os Estados Partes devem adotar todas as medidas apropriadas para garantir aos filhos de pais que trabalham acesso aos serviços e às instalações de atendimento a que têm direito.

Verifica-se, assim, que se os adultos responsáveis possuem em relação aos filhos um dever, os filhos possuem, em relação aos pais, um direito.

Desse modo, podemos observar a responsabilidade parental em sentido amplo, trazida pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, é um dos principais fundamentos jurídicos do Direito da Criança e do Adolescente na contemporaneidade, o qual colocou os menores como centro do ordenamento jurídico nas relações paterno-materno-filiais, refletindo, portanto, em todas as áreas que tratam dessa relação, inclusive na responsabilidade civil dos pais em relação aos filhos menores.

4.4 A responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores na Guarda Compartilhada e na Guarda Alternada

Acerca da responsabilização dos pais pelos atos dos filhos menores, cabe enunciar que os critérios legais utilizados pelo art. 932 do Código Civil de 2002 foram: a) a filiação; b) a existência de ato danoso a terceiros; c) o exercício da autoridade e companhia do genitor a ser responsabilizado em relação ao menor causador do dano.

Sendo assim, considerando que na Guarda Compartilhada e na Guarda Alternada o terceiro requisito é exercido de maneira diferente, observa-se que a responsabilização também ocorrerá de maneira diversa.

É pacífico na doutrina que as expressões autoridade e companhia versam sobre o instituto da guarda e não do poder familiar, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apud Cavalieri Filho

A expressão 'poder' no Código anterior era anacrônica, na medida em que o pai que não tivesse o menor em sua companhia não deixava de ter o 'pátrio poder' sobre ele. Mais técnico, portanto, o Código de 2002, ao chamar a atenção de que somente aquele dos pais que exerce, de fato a autoridade sobre o menor, fruto da convivência com ele, poderia ser responsabilizado pelo dano causado. (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2016, P. 154 apud CAVALIERI FILHO, 2019, p. 291)

Sendo assim, a regra é que o detentor da guarda seja responsabilizado, salvo se o evento danoso tiver disso produzido quando o filho estivesse aos cuidados do

outro genitor em seu exercício do direito de convivência. (GRISARD, 2016, p. 191-192)

A guarda alternada, caracterizada como guarda única pela doutrina⁴³, concentra as atribuições da autoridade e da companhia no genitor que está exercendo a guarda no lapso temporal estipulado. Sendo assim, de acordo com a própria funcionalização desse modelo, cada genitor responderá pelos danos causados pelo menor quando estiver exercendo a guarda, porquanto esta é exclusiva, sendo a exceção para a responsabilização o caso de o evento danoso ter sido causado durante o exercício do direito de convivência do outro genitor.⁴⁴

Nesse sentido, “Vê-se, por aí, que a responsabilidade dos pais pode ser intermitente – como bem observa Aguiar Dias -, cessando e restaurando-se conforme a delegação de vigilância, efetiva e a título de substituição.” (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 296)

No que se refere à guarda compartilhada, o pai e a mãe serão solidariamente responsáveis, uma vez que, segundo Eduardo de Oliveira Leite citado por Waldyr Grisard (2016, p. 192)

[...] as decisões relativas à educação são tomadas em comum (e a guarda conjunta é construída sobre essa presunção), ambos os genitores desempenham um papel efetiva na formação diária do filho. Em ocorrendo dano, a presunção de erro na educação da criança ou falha na fiscalização de sua pessoa recai sobre ambos os genitores. (LEITE apud GRISARD FILHO, 2016, p. 192)

Conforme o autor acima citado (Ibid., p 219), a guarda compartilhada realiza uma revolução ao atribuir a coparticipação de ambos os pais detendo a autoridade e convivendo com filhos menores, tornando-se conjunta, objetiva e solidariamente responsáveis pelos danos causados por seus filhos a terceiros.

Essa é a conclusão da doutrina.

⁴³ Vide tópico 3.1.3 “A Guarda Alternada” do presente trabalho.

⁴⁴ Explicando: como na guarda alternada é estabelecido o lapso temporal no qual cada genitor exercerá exclusivamente a guarda, cabe direito de visitação ou convivência do outro genitor durante o período que não está exercendo a guarda. Por exemplo, caso seja estabelecida a guarda alternada semestralmente, durante os seis meses de exercício da guarda exclusiva da mãe, cabe o direito de convivência do pai com o filho menor a ser estipulado quinzenalmente ou da maneira que melhor for para as partes. Desse modo, caso o evento danoso seja praticado durante nesse período de convivência do pai, cabe a este a responsabilização.

CONCLUSÕES

O presente estudo investigou as diferenças entre a Guarda Compartilhada e a Guarda Alternada no tocante à responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores, considerando a confusão entre as modalidades de guarda a partir da vigência da Lei 13.058/2014, a qual estabeleceu a responsabilização conjunta dos pais pela criação dos filhos menores e a divisão equilibrada do tempo de convivência entre os genitores e os filhos quando adotada a guarda compartilhada.

Diante disso, alguns questionamentos emergiram: Haveria necessidade da guarda compartilhada considerando o conteúdo do Poder Familiar e sua permanência com ambos os pais mesmo após ruptura da sociedade conjugal? Com a determinação de divisão equilibrada do tempo de convivência entre ambos os genitores e os menores a guarda compartilhada teria se transformado em uma espécie de guarda alternada? Como será determinada a responsabilização civil dos pais pelos atos dos filhos menores na guarda compartilhada e qual sua diferença da guarda alternada?

Dito isto, na primeira parte desse trabalho foram apresentadas as diferenças entre o poder familiar ou autoridade parental e a guarda, evidenciando que a guarda é um desdobramento do Poder Familiar, sendo essa usualmente compreendida no dever de vigilância e de ampla assistência, enquanto que aquele engloba todas as prerrogativas dispostas no artigo 1.634 do Código Civil/2002, tais como dirigir a criação e a educação, exercer a guarda, conceder ou negar consentimento para casar, viajar ao exterior e mudar de residência, nomear tutor, representar os menores judicialmente e extrajudicialmente, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir que os filhos lhes prestem obediência.

Sendo assim, observa-se que a guarda está contida no Poder Familiar e com ele não pode ser confundida. Esta, é mais restrita e, em que pese exista a ideia de que todas as decisões relativas aos filhos menores sejam de competência do genitor guardião, tal noção está equivocada.

Constatou-se, na realidade, que o ocorrido é a que a guarda permite, por causa do contato diário e intenso com o menor, o exercício pleno das prerrogativas do poder familiar. Não significa, no entanto, que o genitor não guardião não possa exercê-las, mas evidencia-se que, normalmente, ante o enfraquecimento da relação entre o filho e o genitor não guardião por causa do distanciamento, este passa apenas a usufruir

da companhia do menor nos períodos de convivência, deixando de participar de maneira ativa da vida dos filhos.

Adiante, foram analisadas as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada, restando evidente que a determinação de divisão equilibrada do tempo não transformou a guarda compartilhada em guarda alternada, tendo somente estipulado a guarda compartilhada jurídica – positivada pelo ordenamento jurídico através da Lei 11.698/2008 – e a guarda compartilhada física na mesma modalidade.

Na guarda compartilhada, ao contrário do que ocorre na guarda alternada, há uma responsabilização conjunta dos pais pela criação dos filhos, não sendo estipulado o lapso temporal em que cada genitor deverá ser o titular da guarda exclusiva do filho, como ocorre na guarda alternada. Nesse modelo de compartilhamento de guarda, deve ser estabelecida uma divisão equilibrada do tempo de convivência dos menores com ambos os genitores, mas isso não significa que somente o genitor que está fisicamente com o menor está exercendo a guarda; pelo contrário, a todo o tempo ambos os genitores são considerados guardiões, diferentemente do que ocorre com a guarda alternada.

Conforme dispõe MADALENO (2018, p. 32) a guarda compartilhada física pode ser estabelecida por consenso dos genitores ou por decisão judicial quando não houver acordo entre os pais, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar.

Desse modo, observou-se que na guarda compartilhada ambos os genitores exercem constantemente a guarda jurídica dos filhos e o exercício da guarda física pode ser estabelecido por consenso entre os genitores ou pode ser definida judicialmente, de modo a garantir uma divisão equilibrada do tempo de convivência com os menores de acordo com as peculiaridades da família e do melhor interesse dos filhos.

Em sequência, constatou-se que a responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores é diferente nos modelos de guarda em enfoque, sendo também feita uma análise acerca dos pressupostos da responsabilidade parental em sentido amplo trazidos na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

A guarda alternada, por ser um modelo de guarda exclusiva no qual cada genitor exerce sozinho todos os atributos da guarda por determinado lapso temporal, enseja a responsabilização civil do genitor que estava no exercício da guarda no

momento em que o ato danoso foi praticado pelo filho menor. Excepcionando-se, apenas, no caso de o ato danoso ter sido praticado durante o período de convivência do genitor que não estava exercendo a guarda, sendo deste a responsabilidade pelo ato.⁴⁵ Na guarda compartilhada, por haver o exercício partilhado da guarda e de todos os seus atributos, a responsabilização civil dos pais é solidária, cabendo a ambos os genitores indenizar à vítima pelo dano causado.

No entanto, importa mencionar que a temática da responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores nos modelos de guarda sob enfoque não está consolidada na jurisprudência pátria, sendo tema de alta complexidade. Desse modo, podem existir decisões judiciais em sentido diverso quando analisadas as peculiaridades dos casos concretos.

⁴⁵ Para melhor entendimento, vide referência de nº 46 à p. 54.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOZA, Heloisa Helena. **Paternidade Responsável: o cuidado como dever jurídico**. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira. (Org.). Cuidado e Responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2011. p. 90. apud SOUZA, Vanessa, 2012, p. 146

BRASIL. Recomendação de nº 25 do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3065> > Acesso em 26 de jun. de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei 10.406/2002. Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 18 jan. 2021.

BRASIL. **Lei 11.698/2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em 18 jan. 2021.

BRASIL. **Lei 13.058/2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm>. Acesso em 18 jan. 2021.

BRASIL. **Lei 8.069/1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 18 jan. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil / Sergio Cavalieri Filho** – 13 ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. **Compartilhando o amor**. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª ed. Revista dos Tribunais. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal**. – 10. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de., ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil/ Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal**. – 4. ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Adoção, Guarda, Investigação de Paternidade e Concubinato**. 10. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 18.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Guarda compartilhada: um passo à frente em favor dos filhos.** In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Guarda Compartilhada: novo regime da guarda de criança e adolescente à luz das Leis nº 11.698/2008 e 13.058/2014.** In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental / Waldyr Grisard Filho.** – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GROENINHA, Giselle Câmara. **Guarda Compartilhada – A efetividade do Poder Familiar.** In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda Compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável.** In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Guarda Compartilhada: nova realidade.** In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MACHADO, Martha de Toledo. **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos.** Barueri, SP: Manole, 2003.

MADALENO, Rolf. **A lei da Guarda Compartilhada.** In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. rev., ampl. E atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos da Criança. Disponível em: < <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html> > Acesso em 15 de jun. de 2021.

PEGHINI, Cesar Calo. **Poder Familiar e Guarda: um caminho assertivo para a devida aplicação da guarda compartilhada.** In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Tânia da Silva, FRANCO, Natália Soares. **O Direito Fundamental à convivência familiar e a guarda compartilhada.** In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). Guarda compartilhada. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PEREIRA, Tânia da Silva. **O melhor interesse da criança, in O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar** (coordenação: Tânia da Silva Pereira). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família / Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos.** – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2016.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **A moderna visão da autoridade parental.** In: Guarda Compartilhada: aspectos psicológicos e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2005, p. 97-121.

ROSENVALD, Nelson. **Autonomia privada e guarda compartilhada.** Revista IBDFAM Família e Sucessões. V. 6 (nov./dez.). Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, p. 64.

SANTOS, Kennia Maria Ferreira dos. **Guarda compartilhada X Guarda Alternada: Uma linha ténue as separa.** Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/12653/1/PDF%20-%20KENNIA%20MARIA%20FERREIRA%20DOS%20SANTOS.pdf>> Acesso em 17 jan. 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva Educação. 2018. P. 863.

SILVA, Caíque Tomaz Leite da. **Ensaio sobre a possibilidade jurídica da guarda alternada.** Revista Esmat, Palmas, Ano 5, nº 5, pag. 241 a 286 jan/jun 2013. Disponível em: <http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/80/86> Acesso em 26 de jun. de 2021.

SILVA, Larissa Judith. **O eterno paralelo entre a guarda compartilhada e alternada.** Minas Gerais, 2012. Disponível em: <<http://repositorioinstitucional.uniformg.edu.br:21074/xmlui/handle/123456789/138>> Acesso em 20 de jun. de 2021.

SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental: repensando os fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 63-64)

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. **O princípio da paternidade responsável: de suas diretrizes conceituais, à influência sobre os efeitos decorrentes da filiação.** Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <https://www.bdttd.uerj.br/legacy_url.php/?codArquivo=3826> Acesso em 30 de jun. de 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 1: Lei de Introdução e Parte Geral / Flávio Tartuce.** – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil / Flávio Tartuce.** – 11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v.5: Direito de Família / Flávio Tartuce.** – 13 ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina civil-constitucional das relações familiares, in Temas de direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 349-350.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e da autoridade parental na ordem civil-constitucional**. 2004. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/113.pdf>. Acesso em: 28 jun. de 2021.

TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A (des)necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental**. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Org.). *Guarda compartilhada*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VILLELA, João Baptista. **As novas relações de família**. Anais da XV Conferência Nacional da OAB, Foz do Iguaçu, 1994, p. 641.

YASAC, Nicolás Espejo. **El derecho a la vida familiar, los derechos del niño e la responsabilidad parental**. Thomson Reuters & Legal Publishing Chile, 2017. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/343141099_El_derecho_a_la_vida_familiar_los_derechos_del_nino_y_la_responsabilidad_parental> Acesso em 15 jul. 2021.