

UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
CÂMPUS DE ERECHIM
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

GABRIEL FALCÃO

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ACERCA DOS ATOS ILÍCITOS
COMETIDOS PELOS FILHOS MENORES COM ENFOQUE NA GUARDA
COMPARTILHADA

ERECHIM
2018

GABRIEL FALCÃO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ACERCA DOS ATOS ILÍCITOS
COMETIDOS PELOS FILHOS MENORES COM ENFOQUE NA GUARDA
COMPARTILHADA**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas da Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e
das Missões – Campus de Erechim.**

Orientadora: Prof.^a Ma. Andréa Mignoni

ERECHIM

2018

GABRIEL FALCÃO

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ACERCA DOS ATOS ILÍCITOS
COMETIDOS PELOS FILHOS MENORES COM ENFOQUE NA GUARDA
COMPARTILHADA**

**Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em
Direito, Departamento de Ciências
Sociais Aplicadas da Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e
das Missões – Campus de Erechim.**

Erechim, ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Ma. Andréa Mignoni
URI – Campus de Erechim

Prof. Nome do professor avaliador
Instituição a que pertence

Prof. Nome do professor avaliador
Instituição a que pertence

RESUMO

O presente trabalho monográfico possui como tema a responsabilidade civil dos pais na guarda compartilhada, expondo que os genitores devem amparar seus filhos da melhor maneira possível, exercendo-os seus direitos e deveres, contudo proporcionando qualidade de vida e bem-estar social, objetivando sempre o interesse da criança ou adolescente. Diante disso, o objetivo será apontar a responsabilidade dos pais perante os atos ilícitos cometidos pelos filhos menores e qual o papel da justiça diante do assunto. Para tanto o trabalho fora dividido em três capítulos. No primeiro capítulo foi conceituada a responsabilidade civil, trazendo os aspectos fundamentais para o campo do Direito, como também a evolução da responsabilidade civil que passou por modificações ao longo dos anos. Posteriormente estudou-se os pressupostos da responsabilidade civil em sentido lato sensu, abordando aspectos fundamentais como a conduta culposa, dano material, dano moral, e nexos causal. Já o segundo capítulo relacionou-se com a filiação, trazendo o conceito, bem como os tipos de família, biológica, registral e sócio afetiva. Além do mais, foi explanado sobre o poder familiar, suas premissas e por fim os tipos de guarda. O terceiro capítulo trata-se sobre a responsabilidade dos pais pelos filhos menores, além de apontar se há responsabilidade dos pais na guarda compartilhada, onde foi possível verificar que os genitores são amplamente responsáveis em reparar os atos ilícitos cometidos pelos filhos menores, independentemente se encontram-se separados, divorciados, etc. Os mesmos, exercem responsabilidades enquanto os filhos forem menores de 18 anos. A metodologia utilizada para a análise foi a pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, sendo utilizado o método indutivo e analítico-descritivo.

Palavras-chave: Poder Familiar. Qualidade de vida. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The present monographic work has as its theme the civil responsibility of parents in shared custody, stating that parents should protect their children in the best possible way, exercising their rights and duties, yet providing quality of life and social welfare, aiming always the interest of the child or adolescent. In view of this, the objective will be to point out the responsibility of the parents to the unlawful acts committed by the minor children and what the role of justice in the matter. For this, the work was divided into three chapters. In the first chapter it was conceptualized the civil responsibility, bringing the fundamental aspects to the field of Law, as well as the evolution of the civil responsibility that underwent modifications through the years. Subsequently, the assumptions of civil liability in the broad sense were studied, addressing fundamental aspects such as culpable conduct, material damage, moral damage, and causal nexus. Already the second chapter was related to the affiliation, bringing the concept, as well as the types of family, biological, registry and affective partner. Moreover, it was explained about family power, its premises, and finally types of guard. The third chapter deals with the responsibility of the parents for the minor children, besides indicating if there is responsibility of the parents in the shared guard, where it was possible to verify that the parents are largely responsible in reparation for the illicit acts committed by the minor children, separated, divorced, etc. They exercise responsibilities while the children are under 18 years of age. The methodology used for the analysis was the bibliographical research and documentary research, using the inductive and analytic-descriptive method.

Keywords: Family Power. Quality of life. Civil Liability.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	08
2.1 Evolução da Responsabilidade Civil	09
2.2 Responsabilidade Civil direta e indireta, subjetiva e objetiva.....	10
2.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil	13
3 FILIAÇÃO	18
3.1 Tipos de filiação	20
3.2 Poder familiar	22
3.2.1 Suspensão e extinção do poder familiar.....	24
3.3 Guarda unilateral e guarda compartilhada.....	25
4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NA GUARDA COMPARTILHADA.	29
5 CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS.....	40

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é designado à apresentação de pesquisa monográfica no Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim, com o propósito de obter o título de Bacharel em Direito.

A responsabilidade civil dos pais na guarda compartilhada, é um tema muito explanado por juristas e se faz de suma importância na sociedade. Os genitores devem amparar seus filhos da melhor maneira possível, exercendo seus direitos e deveres, contudo proporcionando qualidade de vida e bem-estar social, objetivando sempre o interesse da criança ou adolescente. Torna-se importante salientar que na separação dos pais os filhos não precisam se separar dos mesmos, é comum que a rotina permaneça a mesma. Diante deste, entre outros questionamentos, a guarda compartilhada em consenso dos pais é imprescindível para um desenvolvimento saudável do filho. Portanto, foi o tema escolhido para o trabalho de conclusão de curso.

Nesta conjuntura, o trabalho tem por objetivo apontar a responsabilidade dos pais perante os atos ilícitos cometidos pelos filhos menores e qual o papel da justiça diante do assunto. Os pais são extremamente responsáveis por qualquer ato que o filho venha a cometer, para tanto os genitores possuem em mãos a responsabilidade de formá-los quanto a educação, conduta e caráter, além de assisti-los em tempo integral, dando o suporte necessário para que a criança tenha um desenvolvimento saudável. No que diz respeito a guarda compartilhada os pais devem tomar decisões em conjunto quando relacionadas ao filho, a fim de protegê-los e orientá-los perante a sociedade. A metodologia utilizada para a análise do tema foi a pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, sendo utilizado o método indutivo e analítico-descritivo.

No primeiro capítulo será conceituado a responsabilidade civil, abordando os aspectos fundamentais para o campo do Direito, como também a evolução da responsabilidade civil que passou por modificações ao longo dos anos. No ano de 1916 a responsabilidade civil se mostrou insuficiente, devido ao grande desenvolvimento tecnológico, atribuindo-se a novas teorias sem fundamento na culpa, de acordo com leis especiais. Para tanto a responsabilidade civil poderá ser direta ou indireta, quando o agente causador do dano for responsável por sua reparação e indireta quando o ato praticado provocará danos a terceiros. Poderá ser também,

objetiva ou subjetiva, onde será comprovada a culpa ou não, ou seja, na responsabilidade civil objetiva deve haver a culpa para que se possa caracterizar a responsabilidade e na subjetiva ocorre quando se deve comprovar a culpa do agente causador para que haja indenização. Posteriormente serão estudados os pressupostos da responsabilidade civil em sentido lato sensu, abordando aspectos fundamentais como a conduta culposa, dano material, dano moral, e nexo causal.

Já o segundo capítulo, está relacionado com a filiação, trazendo o conceito, bem como os tipos de família, biológica, registral e sócio afetiva. Além do mais, será explanado sobre o poder familiar, suas premissas e por fim os tipos de guarda, onde terá uma breve explicação sobre cada uma, dando ênfase a guarda compartilhada que o ponto chave deste estudo.

O terceiro capítulo descreverá sobre a responsabilidade dos pais pelos filhos menores, tendo como principal fonte de entendimento jurisprudências sobre tal responsabilidade, além de apontar se há responsabilidade dos pais na guarda compartilhada. Embasado amplamente o tema no contexto de Direito de Família, a guarda compartilhada dispõe dos pais de forma igualitária o direito e o dever de zelarem pelo filho.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Responsabilidade Civil é o descumprimento de uma relação extracontratual que gera um dano e logo um ressarcimento, ou seja, uma infração contratual ou extracontratual que gerou algum dano, portanto, a pessoa tem a obrigação de reparar o dano causado.

Diante disso, a responsabilidade civil possui a função de punir, reparar e dar exemplo a sociedade em relação a violação causada.

Neste sentido, Diniz alude que:

Poder-se-á definir responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. (DINIZ, 2011, p. 294).

Diante do exposto, Gagliano e Pamplona (2017) expõem suas opiniões sobre o conceito de responsabilidade para o campo de Direito:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2017, p. 51).

Com isso torna-se importante compreender a origem da palavra responsabilidade, através do conceito de Diniz.

O vocábulo “responsabilidade” é o oriundo do verbo latino *respondere*, designando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. Tal termo contém, portanto, a raiz latina *spondeo*, forma pela qual se vinculava, no direito romano, o devedor nos contratos verbais. [...] o que nos interessa, ao nos referirmos a responsabilidade, é a circunstância da infração da norma ou obrigação do agente. A responsabilidade serviria, portanto, para traduzir a posição daquele que não executou seu dever. (DINIZ, 2011, p. 33).

De acordo com o exposto a responsabilidade civil parte do pressuposto que qualquer pessoa que violar uma ordem jurídica, sendo esta lícita ou ilícita, possui o dever/obrigação de reparar o dano causado.

A pessoa torna-se responsável por uma ação, na constância em que deverá assumir pelo prejuízo do delito, ou seja, uma violação precedente de um dever jurídico.

Assim, conforme preconiza Cavalieri Filho:

Entende-se, assim por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social. Não se trata de um simples conselho, advertência ou recomendação, mas de uma ordem ou comando dirigido à inteligência e à vontade dos indivíduos, de sorte que impor deveres jurídicos importa criar obrigações. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14).

Portanto, a responsabilidade civil será imposta a qualquer pessoa que desobedecer ao ordenamento jurídico, tendo o dever de cumprir com a obrigação de reparar o dano.

2.1 Evolução da Responsabilidade Civil

Há um tempo atrás, a responsabilidade civil era extremamente simples, praticamente havia apenas uma cláusula geral do art. 159, onde a responsabilidade era subjetiva e com culpa provada.

Cavalieri Filho (2014) exemplificou em sua obra uma publicidade que ocorreu antigamente referente a geladeira Cònsul onde fez uma breve comparação entre a geladeira e o artigo 159 do Código Civil, ressaltando que em sua propaganda na época que tudo cabia dentro da geladeira e assim procedia com o código civil de 1916, tudo encontrava-se nele, pois não era preciso estudar a responsabilidade civil e sim bastava conhecer o art. 159.

Extremamente subjetivista, tudo o que havia de conteúdo sobre a responsabilidade civil estava entrelaçado a cláusula geral do art. 159. Em apenas alguns artigos em específico a responsabilidade era objetiva.

Assim, Cavalieri Filho menciona que:

Apesar da resistência dos defensores da teoria subjetiva, a culpa aos poucos deixou de ser a grande estrela da responsabilidade civil, perdeu cada vez mais espaço, até ser retirada do palco. A responsabilidade objetiva [...], acabou sendo admitida como exigência social e de justiça para determinados casos. É que a implantação da indústria, a expansão do maquinismo e a multiplicação dos acidentes deixaram exposta a insuficiência da culpa como fundamento único e exclusivo da responsabilidade civil. Pelo novo sistema, provados o dano e nexos causal, exsurge o dever de reparar, independentemente de culpa. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 5).

Com passar do tempo a responsabilidade civil apontada pelo Código Civil de 1916 se revelou insuficiente, em razão do avanço tecnológico e do desenvolvimento científico, se fazendo necessário aceitar teorias sem fundamento na culpa, afora do Código Civil, mediante leis especiais.

Um grande marco histórico na revolução da responsabilidade civil ocorreu com a Constituição de 1988, onde citou em seu art. 5º, incisos V e X a indenização por dano moral estendendo-se no art. 37, § 6.º, os prestadores de serviços públicos para a responsabilidade objetiva. (BRASIL, 1988).

Portanto, Nery Junior e Nery presumem que “Todos os prestadores de serviços públicos, até a Constituição de 1988, tinham responsabilidade subjetiva, fundada na culpa – art. 159; a Constituição, [...], estendeu a eles responsabilidade objetiva.” (NERY JUNIOR; NERY, 2010, p. 374).

Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, §6, dispõe que:

[...] As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa [...]. (BRASIL, 1988).

O Código Civil apresenta a responsabilidade civil em uma classificação através de espécies: objetiva e subjetiva, contratual e extracontratual, direta e indireta.

No presente trabalho monográfico, serão apresentados apenas as espécies direta e indireta, objetiva e subjetiva, por estarem em conjuntura com o tema, conforme será exposto a seguir.

2.2 Responsabilidade Civil direta e indireta, subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil direta é a espécie onde o agente causador do dano é responsável por sua reparação. Segundo Diniz a responsabilidade será:

a) direta, se proveniente da própria pessoa imputada – o agente responderá, então, por ato próprio; e, b) indireta ou complexa, se promana de ato de terceiro [...], com o qual o agente tem vínculo legal de responsabilidade, de fato de animal e de coisas inanimadas sob sua guarda. (DINIZ, 2007, p. 128).

Ou seja, o agente irá responder por seus próprios atos, portanto gerando uma ação direta, podendo ser por ato doloso ou culposos. Neste sentido, Diniz refere que:

O Código Civil, nos arts. 186 e 927, implicitamente está se referindo a responsabilidade por fato próprio, ao conceituar o ato ilícito como o praticado por aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem. (DINIZ, 2011, p. 311).

Em contrapartida a responsabilidade civil indireta ou complexa ocorre em duas modalidades:

a) a responsabilidade por fato alheio, desde que o causador do dano esteja sob a direção de outrem, que, então, responderá pelo evento lesivo; b) a responsabilidade pelo fato das coisas animadas ou inanimadas que estiverem sob guarda de alguém, que se responsabilizará pelos prejuízos causados. (DINIZ, 2011, p. 312).

Mas se apenas os sujeitos causadores do dano se tornassem responsáveis pela reparação, inúmeros casos de danos não seriam solucionados. Por outro lado, o ordenamento jurídico reconhece que em casos expostos em lei haverá responsabilização pelo dano causado pelo fato de terceiros. (VENOSA, 2014).

O Código Civil (BRASIL, 2002), em seus arts. 932 e 933, elenca essas hipóteses em que terceiros poderão responder pelos fatos, ainda que não haja culpa de sua parte, os pais pelos seus filhos menores, o tutor ou curador pelos pupilos e curatelados, donos de hotéis e estabelecimentos pelos seus respectivos clientes ou por participação gratuita nos produtos de crime até a concorrente quantia, ou seja uma responsabilidade indireta ou por fato de outrem.

Diante do exposto, Cavalieri Filho alude que:

Em apertada síntese, a responsabilidade pelo fato de outrem constitui-se pela infração do dever de vigilância. Não se trata, em outras palavras, de responsabilidade por fato alheio, mas por fato próprio decorrente da violação do dever de vigilância [...]. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 236).

A responsabilidade subjetiva é a comprovação da culpa do agente causador do dano. Só haverá culpa, quando o agente que causou o dano agir com negligência ou imprudência em suas ações.

É o que explica Cavalieri Filho:

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo

com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 32).

A culpa é um dos pressupostos fundamentais da responsabilidade subjetiva, e assim está especificada em sentido *lato sensu*, ou seja, não abriga apenas a culpa em *stricto sensu*, como a imprudência, negligência e imperícia, como incluiu o dolo.

Assim é explicado no Código Civil de 2002 “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002). Diante da responsabilidade subjetiva, haverá a necessidade de citar os elementos desta: o ato ilícito, a culpa, dano e nexo causal, que serão vistos posteriormente no trabalho.

A responsabilidade objetiva possui também os quatro elementos vistos anteriormente, porém diferentemente da responsabilidade subjetiva, não há necessidade de comprovação de culpa do agente, ou seja, o agente já responde pelo dano ocasionado. Haverá esta responsabilidade, quando a lei especificar de que se trata de uma responsabilidade objetiva, diante de um abuso de direito previsto no art. 187 do Código Civil, diante de uma responsabilidade civil indireta ou por ato de terceiro, previsto no art. 932 do Código Civil. (BRASIL, 2002). Institui o 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 seus hóspedes, moradores e educandos;
- V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (BRASIL, 2002).

Quando o dano não for cometido pela própria pessoa, porém foi realizado por outrem, como por exemplo os pais respondem pelos atos cometidos pelos filhos menores, ou seja, o filho cometer um ato e este gerar dano quem irá responder serão os pais.

Averiguadas as espécies de responsabilidade civil, no decorrer do próximo capítulo serão abordados os pressupostos da responsabilidade civil.

2.3 Pressupostos da Responsabilidade Civil

Os atos ilícitos são caracterizados por aqueles que demonstram vontade, causando danos a outrem. Sendo estes danos causados por omissão, negligência ou imprudência, além do mais são contrários a lei.

Deste modo, assegura Venosa (2014), que os atos ilícitos são aqueles que emanam direta ou indiretamente da vontade, e ocasionam efeitos jurídicos, de forma contrária ao ordenamento.

O art. 186 do CC estabelece que o ato ilícito ocorre quando alguém, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola o direito ou causa dano, ainda que exclusivamente moral, a outrem. (BRASIL, 2002).

Sob o olhar de Diniz (2011), os elementos a seguir são primordiais para que possa se configurar ato ilícito:

1º) Fato Lesivo Voluntário: causado pelo agente por ação ou omissão (CC, art. 186, 1º parte), que ocasione dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (CC, art. 186 2º parte). 2º) Ocorrência de um dano patrimonial ou moral. Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão [...]. 3º) Nexo de causalidade entre o dano e comportamento do agente, Não há esse nexos se o evento se deu: por culpa exclusiva da vítima, em razão da culpa bilateral da vítima e do agente, e por força maior ou caso fortuito, cessando, então, a responsabilidade, porque esses fatos eliminam a culpabilidade ante a sua inevitabilidade. (DINIZ, 2011, p. 102).

Diante disso, a doutrina define culpa em sentido lato sensu e sentido estrito diante de sua exteriorização como a imperícia, imprudência e negligência. A culpa em seu sentido amplo é vista como um dolo, ou seja, o descumprimento/ violação de forma intencional do dever jurídico.

Neste contexto Gonçalves alude que “O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.” (GONÇALVES, 2014, p. 66).

Por outro lado, a culpa em seu sentido estrito é caracterizada pela imprudência, imperícia e negligência.

Torna-se importante salientar que o art. 186 do CC não traz a imperícia como um dos pressupostos da culpa, sendo que está se faz fundamental, pois decorre da falta de habilidade no exercício de atividade. Já a negligência, irá ocorrer diante de uma omissão, ou seja, quando a conduta do agente for omissa. E por fim, a

imprudência que ocorrerá quando a conduta do agente ser comissiva diante de uma ação. (BRASIL, 2002).

Nesta consonância, Cavalieri Filho exclama que:

A imprudência é falta de cautela ou cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Age com imprudência o motorista que dirige em excesso de velocidade, ou que avança o sinal. Negligência é a mesma falta de cuidado por conduta omissiva. Haverá negligência se o veículo não estiver em condições de trafegar, por deficiência de freios, pneus etc. [...]. A imperícia por sua vez, decorre de falta de habilidade no exercício de atividade técnica, caso em que exige, de regra maior cuidado ou cautela do agente. Haverá imperícia do motorista que provoca acidente por falta de habilitação [...]. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 52).

A culpa pode ser classificada quanto a sua graduação. Ela poderá ser grave, leve e levíssima. Se a atenção do agente era mínima e mesmo assim ele ocasiona o dano, logo a sua culpa será grave. A leve é aquela que poderia ser evitada com a atenção comum, já a terceira é caracterizada por uma falta de atenção acima do que considera-se normal. Todas possuem a obrigação de reparar o dano.

A culpa será grave quando, dolosamente, houver negligência extrema do agente, não prevendo aquilo que é previsível ao comum dos homens. A leve ocorrerá quando a lesão do direito puder ser evitada com atenção ordinária, ou adoção de diligências próprias de um *bonus pater familias*. Será levíssima, se a falta for evitável por uma atenção extraordinária, ou especial habilidade e conhecimento singular [...]. (DINIZ, 2011, p. 296).

O Código Civil (CC), em seu art. 944 preceitua que o magistrado possui total autonomia por decidir por equidade, nos casos de culpa leve ou levíssima. (BRASIL, 2002).

Ainda, a culpa pode ser caracterizada em suas espécies: *in commitendo* ou *in faciendo*, *in omittendo*, *in vigilando*, *in eligendo* e *in custodiendo*.

Diante disso, discorre Gonçalves:

A culpa pode ser, ainda, *in eligendo*: decorre da má escolha do representante, do proposto; *in vigilando* decorre da ausência de fiscalização; *in comittendo* decorre de uma ação, de um ato positivo; *in omittendo*: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster, *in custodiendo*: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou de algum objeto. (GONÇALVES, 2014, p. 67).

Vistas as espécies de culpa, a seguir serão analisados os pressupostos de dano.

No que se refere ao dano, para que haja responsabilidade civil, deve-se existir um dano a ser reparado. O dano independe do tipo de espécie que ela esteja correlacionado (contratual ou extracontratual, objetiva ou subjetiva), pois se há um dano, há indenização e ressarcimento.

Para Gagliano e Pamplona (2008, p. 35) é “indispensável a existência de um dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil” ainda complementa que “mesmo em se tratando de responsabilidade contratual, o comportamento da parte inadimplente que deixa de cumprir a obrigação convencionada carrega em si a presunção de um dano”.

Para Gonçalves:

A responsabilidade é uma reação provocada pela infração a um dever preexistente. No entanto, ainda mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, é até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, uma vez que não se tenha verificado prejuízo. Se, por exemplo, o motorista comete várias infrações de trânsito, mas não atropela nenhuma pessoa nem colide com outro veículo, nenhuma indenização será devida, malgrado a ilicitude de sua conduta. A obrigação de indenizar decorre, pois, da existência da violação de direito e do dano. (GONÇALVES, 2014, p. 67).

O dano pode ser classificado em duas modalidades: o dano material ou patrimonial e o dano moral ou extrapatrimonial.

Com base no que foi dito, Cavalieri Filho proclama que:

Conceituar o dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 93).

Sob o olhar de Gagliano e Pamplona (2012), o dano deverá preencher três requisitos, sem contar que o mesmo deverá comprovar o dano para que haja indenização. Assim, “Os requisitos são: a) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica; b) certeza do dano; e c) subsistência do dano.” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 84-86).

Por sua vez, o dano material ocorre quando alguém sofre algum prejuízo em termos financeiros de alguém, ou seja, quando lhe são tirados os bens de uma herança, por exemplo.

No que tange, Cavalieri Filho descreve:

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano patrimonial, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. [...] o dano material pode atingir não somente o patrimônio presente da vítima, como também, o futuro; pode não somente provocar a sua diminuição, a sua redução, mas também impedir o seu crescimento, o seu aumento. Por isso, o dano material se subdivide em dano emergente e lucro cessante. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 94).

Para que seja concedida a indenização por dano material, deve se considerar se houve:

1º) Dano positivo ou emergente, que consiste num déficit real e efetivo no patrimônio do lesado; 2º) Dano negativo ou lucro cessante ou frustrado, alusivo à privação de uma ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado; 3º) Nexo de causalidade entre o prejuízo e a conduta lesante, pois, se o dano advier da negligência da própria vítima, não haverá ressarcimento, porque não existe norma que impeça o sujeito responsável de diminuir seu próprio patrimônio. (DINIZ, 2011, p. 298).

Já o dano moral é aquele que fere os direitos da personalidade ou os interesses não patrimoniais que a pessoa possui. Neste pressuposto Cavalieri Filho expõe que:

Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material, Segundo Savatier, dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, dano moral é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 106).

Neste sentido, o valor reparado não irá fazer com a que dor tenha fim, porém servirá que apoio e incentivo para aquele que sofreu.

Dessa maneira, o nexo causal é o vínculo que liga o efeito a causa, possui também a função de exercer a medida de indenização, portanto se há uma indenização por algum dano, possivelmente houve um ato ilícito. Em razão disso faz-se necessário estipular a ligação entre a conduta e qual foi o resultado gerado.

Neste pressuposto, Venosa menciona que:

O conceito de nexo causal, nexo etiológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexo causal. Se a vítima, que experimentou

um dano, não identificar o nexo causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcido. Nem sempre é fácil, no caso concreto, estabelecer a relação de causa e efeito. (VENOSA, 2014, p. 58).

Diniz (2007, p. 107) complementa “que não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido”.

Como visto anteriormente, é necessário a comprovação do dano para que o sujeito possa ser indenizado e ainda não deverá estar configurada nenhuma causa que isente a responsabilidade civil de quem causou o dano.

Vistos, portanto, os pressupostos da responsabilidade civil, no capítulo a seguir serão explanados os tipos de filiação biológica, registral e socioafetiva, bem como o poder familiar, abrangendo os tipos de guarda unilateral e compartilhada.

3 FILIAÇÃO

A filiação no contexto de direito de família é estabelecida como o vínculo existente entre os pais e os filhos. Em consonância parte dos direitos e deveres que os pais devem possuir com os filhos, preparando-os para o mundo.

Sob o olhar de Diniz (2011), a filiação é um vínculo afetivo entre os pais e os filhos, ou seja, uma relação de primeiro grau entre uma pessoa e aquelas as quais lhe deram a vida.

Sobre filiação Gonçalves alude que:

Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade. (GONÇALVES, 2007, p. 281).

Através, do conhecimento de Diniz (2011), a filiação pode ser classificada em matrimonial, que resulta da união de duas pessoas em matrimônio válido ao tempo de concepção, ou extramatrimonial, que decorre de pessoas que não possuem a obtenção em casar ou que não podem casar-se por impedimento de algo. Segundo Diniz:

A filiação matrimonial é a que se origina na constância do casamento dos pais, ainda que anulado ou nulo (CC, arts. 1.561 e 1.617). O Código Civil, no art. 1.597, estabelece a presunção de que foram concebidos na constância do casamento: 1) Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal e não do dia da celebração do ato nupcial, porque há casos de casamento por procuração. Não se pode elidir a presunção da paternidade, nem contestar a filiação do nascido antes de cento e oitenta dias, exceto o marido, que tem o direito de contestar a paternidade do filho nascido de sua mulher (CC, art. 1.601). 2) Os filhos nascidos dentro dos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação, nulidade ou anulação, porque a gestação humana não vai além desse prazo. 3) Os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido [...]. 4) Os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários [...]. 5) Os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido, reforçando a natureza socioafetiva de parentesco. Se a mulher se submeter a uma inseminação heteróloga não consentida, pode-se ter uma causa para separação judicial por injúria grave, pois a paternidade forçada (CC, art. 1.537, 1) a tinge a integridade moral e a honra do marido [...]. A filiação não matrimonial é decorrente de relações extramatrimoniais, sendo que os filhos durante eles gerados classificam-se didaticamente em: a) naturais, se descenderem de pais entre os quais não havia nenhum impedimento matrimonial no momento em que foram concebidos. b) espúrios, se oriundos da união de homem e mulher entre os quais havia, por ocasião da concepção, impedimento matrimonial Assim, são espúrios os adulterinos,

que nascem de casal impedido de casar em virtude de casamento anterior, resultando de um adultério e os incestuosos, nascidos de homem e mulher que, ante parentesco natural, civil ou afim, não podiam convolar núpcias à época de sua concepção. (DINIZ, 2011, p. 488-491).

Nos tempos de hoje, são bloqueados quaisquer tipos de discriminação sobre filiação matrimonial e não matrimonial. Torna-se imprescindível salientar que filiação legítima e ilegítima não se diferencia, estabelecendo que todos são filhos, se foram havidos dentro ou fora do casamento, estes possuem os mesmos direitos.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 227, § 6º prevê:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a 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. [...] § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, juntamente com o Código Civil garantem sua proteção, abrangendo em seus arts. 20, 26 e 27 sobre filiação:

Art. 20. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[...]

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescindível, podendo ser exercitado contra os pais os seus herdeiros, sem qualquer restrição, observando o segredo da justiça. (BRASIL, 1990).

Além do mais, o art. 1609, parágrafo único do CC estabelece que “o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho, ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.” (DINIZ, 2011, p. 492).

Para finalizar a filiação é um vínculo consanguíneo estabelecido entre os pais e os filhos, independente da legitimidade e se fora havido dentro ou fora do Matrimônio.

3.1 Tipos de Filiação: biológica, registral e socioafetiva

A filiação biológica é fundamentada na correlação sanguínea existente entre os pais e os filhos, identificando e comprovando a origem genética herdada pelos filhos.

No Código Civil de 1916, os tipos de filiação discorriam sobre os filhos legítimos, legitimados, ilegítimos, naturais, adulterinos e adotivos. Em razão desta extensa variedade de filiação, surgiram muitos conflitos, da menor a mais ampla complexidade. “O reconhecimento voluntário e litigioso de filiação, suas restrições e consequências; as contestações de paternidade, suas causas, requisitos e efeitos; as adoções formais, informais ou registrais apenas.” (DILVANIR, 2008, p. 82).

Com o avanço científico, a filiação passou a ter duas modalidades. Primeiramente, através da fecundação artificial, pode-se ampliar as fontes de filiação e da própria vida humana, através da fecundação homóloga e heteróloga em conjunto com a fertilização de embriões humanos in vitro. Posteriormente, a descoberta do DNA, possibilitou descobrir com maior facilidade, rapidez e qualidade o vínculo afetivo entre pais filhos. Conforme disserta Dilvanir:

Evoluímos da filiação jurídica ou presumida para a filiação biológica ou comprovada. O conflito entre ambas tem gerado muitas disputas nas famílias e nos tribunais. O Código Civil de 1916, em defesa da honra e da paz familiar, consagrou a presunção absoluta de filiação legítima do filho concebido na constância do casamento (art. 338), atribuindo ao marido, privativamente, o direito de contestar essa legitimidade (art. 344), no prazo decadencial de 2 a 3 meses, contados do nascimento (art. 178, §§ 3º e 4º). (DILVANIR, 2008, p. 88-89).

Por seu turno, a filiação registral é aquela comprovada pela certidão de nascimento lavrada no Registro Civil. De acordo com isso, a certidão deverá apresentar todos os elementos previstos no art. 54 da Lei dos Registros Públicos, desta forma validando o nascimento como também a filiação.

Diante do exposto, Lôbo ressalta que:

Estabelece o art. 1.604 do Código Civil que ninguém poderá vindicar estado contrário ao que resulta do registro do nascimento. Refere ao estado de filiação e aos decorrentes estados de paternidade e maternidade. A vedação alcança qualquer pessoa, incluindo o registrado e as pessoas que constam como seus pais. No Código Civil de 1916 a norma equivalente tinha por fito a proteção da família legítima, que não deveria ser perturbada com dúvidas sobre a paternidade atribuída ao marido da mãe. A norma atual, no contexto legal inaugurado pela Constituição Federal, contempla a proteção do estado de filiação e paternidade, retratada no registro. (LÔBO, 2008, p. 212-213).

Portanto, não há possibilidades de invalidar tal certidão, exceto em casos em que se deve comprovar se houve algum tipo de irregularidade, como por exemplo, falsidade ou algum tipo de erro. Todavia, existem outros meios que possam comprovar a filiação. De acordo com Farias (2008), não pode-se descartar as possibilidades de perícias, bem como exames médicos para a comprovação filiatória.

Assim, posiciona-se Gonçalves:

Preceitua, por sua vez, o art. 1.604 do Código Civil que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. A presunção que dele emana é quase absoluta, uma vez que ninguém será admitido a impugnar-lhe a veracidade sem antes provar ter havido erro ou falsidade do declarante [...]. (GONÇALVES, 2014, p. 341-342).

Por sua vez, Lôbo assim dispõe:

[...] O erro da declaração pode ter derivado de outro erro, como na hipótese de troca voluntária ou involuntária de recém-nascidos por parte do hospital onde ocorreu o parto, invalidando o estado de filiação tanto em face do pai quanto em face da mãe. A falsidade, ao contrário do erro, é a declaração intencionalmente contrária à verdade do nascimento. É atribuir a si ou a outrem (declarantes outros que não são pais) a maternidade ou a paternidade do nascido, ou declarar nascimento inexistente. O Código Civil (art. 241) considera crime ‘promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente’, de modo doloso, cabendo reclusão de dois a seis anos, não sendo admissível a forma culposa; também é crime quando se declara como seu, filho de outrem. Mas o juiz pode deixar de aplicar a pena se o crime for praticado “por motivo de reconhecida nobreza” (art. 242). (LÔBO, 2009, p. 214).

Diante disso, pode-se averiguar que o registro de nascimento pode ser alterado apenas por decisão judicial, afim de reconhecer tanto a paternidade quanto a maternidade.

No que concerne à filiação socioafetiva, é uma relação afetiva, onde se faz inexistente o vínculo biológico. Esta filiação objetiva, o amor, o cuidado, o respeito, o afeto com os filhos que não são de sangue, porém são filhos de coração. Ademais, a forma com que o filho será tratado, influenciará diretamente em sua educação e na formação da identidade pessoal da criança. Assim o Código Civil em seu art. 1593 assegura que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.” (BRASIL, 2002). Cabe mencionar que pais não são necessariamente aqueles que geraram uma vida, mas sim aqueles que criaram e depositaram amor, cuidado e zelo pelo filho.

Cristiano Chaves de Farias (2008, p. 516) proclama “que na formação de uma família cada pessoa ocupa um papel, uma função, na estrutura do núcleo e que a função paterna pode ser exercida, em diferentes circunstâncias, por outra pessoa, que não seja o genitor.”

A afetividade é um dos princípios que norteiam e prezam por uma convivência familiar saudável, além de outros princípios que se fazem primordiais, como o amor e o cuidado. Estes, devem estar em sintonia e devem ser distribuídos de forma igualitária entre os filhos, estabelecendo o princípio da igualdade.

Para tanto, o papel de pai pode ser exercido por qualquer pessoa, desde que este exerça realmente a função de um pai, é uma construção diária onde o respeito deverá prevalecer, onde o tratamento entre pai e filho serão fundamentais para uma boa relação.

Alude Farias:

O laço sócio-afetivo depende, por óbvio, da comprovação da convivência respeitosa, pública e firmemente estabelecida. Todavia, não é preciso que o afeto esteja presente no instante em que é discutida a filiação em juízo. Não raro, quando se chega as instâncias judiciais é exatamente porque o afeto cessou, desapareceu por diferentes motivos. O importante é provar que o afeto esteve presente durante a convivência, que o afeto foi ele que entrelaçou aquelas pessoas ao longo de suas existências [...]. (FARIAS, 2008, p. 519).

Portanto, o afeto deverá existir independentemente da filiação, sendo esta biológica ou socioafetiva.

3.2 Poder familiar

O poder familiar é um instituto do direito de família que deve ser exercido de forma igualitária entre os pais, além do mais os pais devem exercer seus deveres para com os filhos menores, educá-los e conduzi-los até a fase adulta. Desse modo, o estado possui como objeto assegurar a proteção da criança.

No Código de 1916, no Direito Romano o poder familiar era conhecido como “pátrio poder”, onde o marido exercia o poder sobre os filhos menores perante a sociedade.

Diante do exposto, Lôbo proclama que:

A denominação ainda não é a mais adequada, porquê mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão “pátrio poder”, mantida inexplicavelmente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), somente derogada com o Código Civil. Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal cujos últimos estertores se deram antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar). A mudança foi muito mais intensa, na medida em que o interesse dos pais está condicionado ao interesse do filho, ou melhor, ao interesse de sua realização como pessoa em desenvolvimento. (LÔBO, 2009, p. 271).

Portanto, o pai deixou de ser o único responsável pelo filho e passou a dividir esses deveres com mãe, neste cenário todo aquele que exerce poder familiar possui a guarda inerente, mas nem todos que exercem a guarda tem o poder familiar. Somente quem pode exercer poder familiar são os genitores em relação aos filhos menores.

Quanto aos direitos e deveres que os pais devem exercer em relação aos filhos, o art. 1634, inciso I do Código Civil preceitua:

Art. 1634. 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 educação;
- II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1584;
- III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII – representá-los judicial ou 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;
- VIX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002).

Ambos os genitores são responsáveis pelo poder familiar, independentemente de qual seja a situação conjugal dos pais, a igualdade é um dos princípios estabelecidos que deverá ocorrer constantemente entre os pais e os filhos. No caso da guarda unilateral, apenas um dos pais detém a guarda, podendo tomar todas as decisões sozinho (a) sobre criança, porém ambos possuem o dever de educar como competência do poder familiar e em casos de guarda compartilhada as decisões devem ser tomadas em conjunto.

Para Gonçalves (2014), a guarda é a única que altera o poder familiar, pois dá o direito de um dos pais ficar como filho, ao outro assegurando o direito de visita e de fiscalização de manutenção e educação por parte do primeiro.

Assim preceitua o art. 1631 do Código Civil que:

Art. 1631 Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo. (BRASIL, 2002).

Os dois pais, independentemente da condição em que encontram-se, sendo estes separados ou divorciados, exercem poder familiar. Sendo assim, quando um dos pais, por impedimento de algo não puder exercer, o outro tomará todas as decisões cabíveis, ligadas ao filho.

3.2.1 Suspensão e extinção do poder familiar

As crianças possuem seus direitos assegurados de acordo com a Constituição Federal de 1988, art. 227 (BRASIL, 1988), como visto anteriormente. Estes direitos estão previstos também no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990). De acordo, todas as crianças possuem o direito da convivência familiar, sendo respeitadas e livres de qualquer abuso, porém, isso nem sempre acontece.

Em casos de morte de um dos pais não extingue o poder familiar, sendo que nestes casos ou o pai ou a mãe sobrevivente exercerá. Neste contexto, só serão extinguidos, caso os dois venham a falecer, ficando os menores não emancipados sob tutela. Em casos onde se faz presente o abuso do poder familiar, quando os pais deixam de cumprir seus deveres para com os filhos, o juiz pode determinar uma suspensão do poder familiar. (DINIZ, 2007).

Para o art. 1637 do CC (BRASIL, 2002), estas são as causas que suspendem o poder familiar:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. (BRASIL, 2002).

No que diz respeito aos direitos e deveres inerentes ao poder familiar, caso os pais não cumprirem com suas obrigações, Diniz preceitua que:

Se os pais não cumprirem o dever legal e moral de educar e criar seus filhos, perderão o poder familiar (CC, art. 1.638, II) e sofrerão as sanções previstas no Código Penal (arts. 244 e 246) para o crime de abandono material e intelectual dos menores. (DINIZ, 2002, p. 452).

Em contrapartida, nos casos de morte apenas de um dos pais, não extingue-se o poder familiar, isso aconteceria em casos onde ambos vieram a óbito. E em casos de adoção, se o pai ou mãe adotivos falecerem, o filho passa a ser o seu próprio tutor. Para tanto, a perda do poder familiar poderá ocorrer apenas por decisão judicial, incumbindo aos tutores que zelem pela família.

A Lei nº 13.715 de 24 de setembro de 2018, amplia as hipóteses de perda do poder familiar, a mesma altera o Código Penal em ser art. 92, inciso II, o ECA e também altera o Código Civil para acrescentar novas hipóteses de perda e guarda dos filhos.

Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. (BRASIL, 2018, p. 01).

De acordo, institui a perda automática do poder familiar a quem pratica crimes contra os pais ou mães de seus filhos, lesões graves e abuso sexual contra os filhos. Adentra também em casos de tutela em que o adulto seja responsável pelo menor e pelos seus bens, e em casos de curatela, quando o juiz atribui a um adulto capaz de responsabilidade por pessoa considerada judicialmente incapaz.

3.3 Guarda unilateral e guarda compartilhada

De acordo com o poder familiar, os filhos devem possuir direitos iguais independentemente da filiação, estes devem ser respeitados e educados para que

possam se tornar cidadãos de bem. Nos casos de separação dos pais seus direitos devem ser ainda mais assegurados, no decorrer será explicado sobre a guarda unilateral e guarda compartilhada.

A separação dos cônjuges, jamais deve implicar na separação de pais e filhos, ou seja, os genitores separam-se mas não em relação aos filhos menores.

O princípio do melhor interesse da criança, assegura que os pais devem zelar por sua criação, bem como formação, estabelecendo proteção integral ao filho. Além do mais é direito da criança e do adolescente ter uma boa convivência familiar, respeito e igualdade, portanto a cessação do relacionamento dos pais, não condiz com a separação dos filhos. Deve-se estabelecer cuidados e zelar pela convivência mesmo que passem a residir em casas distintas. (LÔBO, 2009).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seu art. 4º:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990).

A guarda dos filhos é um direito natural dos genitores, no entanto os filhos não devem permanecer em poder do pai ou mãe antes da justiça estabelecer. O juiz deferirá a guarda de acordo com a compatibilidade, levando em consideração a afinidade e afetividade. (GONÇALVES, 2014).

A guarda unilateral é atribuída a um só dos pais e determinada pelo juiz. Geralmente é utilizada quando há a impossibilidade dos pais exercerem uma guarda compartilhada. Prevista no § 1º do art. 1.583 do Código Civil, de acordo com a Lei n. 11.698, de 13 de Junho de 2008 “a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”. (BRASIL, 2002).

Contudo, Lôbo alude:

A Lei n. 11.698, de 2008, indica os seguintes fatores de melhor aptidão para a atribuição da guarda unilateral a um dos pais: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; educação. Essa enunciação não é taxativa, nem segue ordem de preferência. Não há exigência legal de estarem conjugados; pode o juiz, ante a situação concreta, decidir que um deles prefere aos demais. São elementos de ponderação para o juiz, na apreciação de cada caso em concreto. A comprovação da ocorrência deles deve ser feita com auxílio de equipes multidisciplinares, pois as relações reais de afeto dificilmente podem ser aferidas em audiência. Quando os pais nunca tenham vivido sob o mesmo teto, presume-se que

tenha havido maior intensidade de afeto entre a criança e aquele com quem teve maior convivência, até porque configura sua referência de lar ou casa. (LÔBO, 2009, p. 172).

Presume-se que nestas questões a justiça não pode escolher apenas entre o pai ou a mãe, adentrando a questão da convivência do filho com os familiares, parentes, primos, avós, etc. que se faz imprescindível, para que a criança sinta-se segura consigo mesma e com as pessoas que à cercam.

A guarda atribuída a terceiro, também insere-se na guarda unilateral, acontece quando juiz o determinar que nenhum dos pais preenchem as condições necessárias para a guarda. Os pais em casos de separação judicial ou divórcio também podem solicitar a guarda exclusiva, caso esta seja proveniente com o interesse dos filhos, a mesma deve constar em um documento assinado pelos cônjuges que objetivam a separação/divórcio. (GONÇALVES, 2014, p. 294).

Quanto à guarda a terceiros, Lôbo proclama que:

Em situações excepcionais, o juiz pode deferir a guarda a outra pessoa quando concluir que a criança não deve permanecer com seus pais. Exemplo, infelizmente ocorrente, é de pais viciados em drogas, sem ocupação regular, com práticas de violência contra os filhos. O § 5º do art. 1.584 do Código Civil oferece alguns elementos para decisão judicial, especialmente o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, que também devem ser observados na dissolução da união estável. Certamente o parente mais próximo presume-se mais indicado para assumir a guarda, mas suas condições e aptidão deverão de ser confirmadas, podendo-se chegar à conclusão que o mais distante deve ser escolhido. (LÔBO, 2009, p. 174).

Portanto, desde que haja afeto a criança poderá ficar com os pais, ou com quem mostrar aptidão para cuidar da mesma. Por vezes, não são os parentes mais próximos que possuem condições afetivas, mas sim quem é mais distante, ou seja, é um conjunto de ações e estas devem ser pensadas minuciosamente.

Até a Lei n. 11.698, de 2008 (BRASIL, 2008) sancionar uma modificação quanto ao modelo de guarda dos filhos, a única utilizada desde de então era a guarda unilateral conjugada que exercia o direito de visita. Graças à Lei, houve a adoção da guarda compartilhada, afastando-a apenas quando o melhor interesse da criança indicar a guarda unilateral como a melhor opção.

Anterior a Lei, a guarda compartilhada era vista como uma forma de faculdade, para que os pais pudessem superar os conflitos da separação, esquecendo o ponto

principal, o filho. Portanto, hoje se não há consenso entre os pais sobre a guarda compartilhada o juiz poderá aplicá-la. Neste sentido, Lôbo refere que:

A guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, em comum acordo, ou por um deles nas ações litigiosas de separação. Divórcio, dissolução de união estável, ou, ainda em medida cautelar preparatória de uma dessas ações. Durante o curso de uma dessas ações, ao juiz foi atribuída a faculdade de decretar a guarda compartilhada, ainda que não tenha sido requerida por qualquer dos pais, quando constatar que ela se impõe para atender as necessidades específicas do filho, por não ser conveniente que aguarde o desenlace da ação. A formação e o desenvolvimento do filho não podem esperar o tempo do processo, pois seu tempo é o da vida que flui. (LÔBO, 2009, p. 177-178).

Esta forma de guarda, vem sendo cada vez mais visada na sociedade pelo seu propósito maior que é a criança. Ela é exercida em conjunto e assegura aos filhos direito de convivência de ambos os lados, incluindo a convivência com os demais familiares. Portanto, os pais devem participar das decisões referente a criança em juntos.

Nesta conjuntura, Thomé expõe:

A guarda compartilhada vem a ser uma modalidade da guarda jurídica atribuída a ambos os genitores. Esta nova modalidade busca atenuar o impacto negativo da ruptura conjugal dos pais sobre o relacionamento com os filhos. A guarda compartilhada trás para ambos os pais equivalente autoridade legal para tomarem decisões importantes quanto à vida e o bem-estar de seus filhos. Ambos os genitores estarão sempre presente no cotidiano de seus filhos. Doutrinadores sustentam que a guarda compartilhada nada mais é do que um chamamento dos genitores que vivem separados para exercerem de forma conjunta a autoridade parental em relação aos filhos, na mesma maneira que desenvolviam essa atividade quando casados. (THOMÉ, 2009, p. 132).

Mesmo separados os pais exercem poder familiar, portanto ambos exercem responsabilidades, bem como os direitos e deveres com a criança. Torna-se também importante, decidir a residência de um dos pais como endereço fixo da criança, como referência de um lar, pois as crianças que sofrem com os pais separados, muitas vezes não sabem onde residem, o que acaba gerando uma instabilidade emocional. Portanto, a guarda compartilhada nada mais é que um laço entre pais e filhos, que mesmo separados não deixam de cumprir com suas obrigações.

No capítulo a seguir, será abordada a responsabilidade dos pais na guarda compartilhada bem como os aspectos psicológicos inerentes da criança.

4 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NA GUARDA COMPARTILHADA

Como fora visto no capítulo anterior, o poder familiar exerce direitos e deveres dos pais sobre os filhos, ou seja, os pais são totalmente responsáveis por seus filhos menores. No pressuposto da responsabilidade civil, os genitores são responsáveis pela reparação dos atos ilícitos exercidos por sua prole.

Assim explica Cavalieri Filho:

Nos termos do inciso I do art. 932 do Código Civil, os pais são responsáveis pela reparação civil dos danos causados pelos filhos menores. O objetivo da norma é aumentar a possibilidade de a vítima receber a indenização, já que o menor, ordinariamente, não tem patrimônio próprio suficiente para reparar o dano. Observe-se todavia, que os pais só são responsáveis pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. Essa espécie de responsabilidade, tem por fundamento o vínculo jurídico legal existente entre pais e filhos menores, o poder familiar, que impõe aos pais obrigações várias, entre as quais a de assistência material e moral (alimentos, educação, instrução) e de vigilância, sendo esta nada mais que um comportamento da obra educativa. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 239).

Os genitores em relação a seus filhos menores, possuem a obrigação de formá-los em seus comportamentos, estes devem ser adequados para que se possa ter uma convivência satisfatória na comunidade, desta forma evitando os atos ilícitos. Por vezes uma falta de orientação, pode mudar a criação do filho, neste contexto é preciso estabelecer normas na juventude, para que estas acompanhem o desenvolvimento dos mesmos. Consoante Gagliano e Pamplona Filho:

Com isso admitiu-se que apenas aquele dos pais com quem o menor mantivesse contato direto poderia ser chamado à responsabilidade. Assim, caso o genitor não detivesse a guarda do menor, ficando este, por exemplo, em companhia da mãe, cometido o dano apenas esta última poderia ser responsabilizada, ficando de fora a figura paterna. Claro está, todavia, que se o evento ocorresse durante o período do direito de visita, o pai poderia ser responsabilizado. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 152).

Com isso, a responsabilidade civil se faz de suma importância para a sociedade, pois está voltada as ações que os cidadãos ocasionam e de acordo necessitam repará-los, possui como plano a retratação do dano causado a vítima, procurando determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano ocasionado por outrem. É o que determina o art. 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; [...]”. (BRASIL, 2002).

É o que diz a jurisprudência a seguir, os pais são responsáveis por seus filhos menores e respondem pelos atos ilícitos cometidos pelos mesmos. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ADOLESCENTES QUE DESFERIRAM SOCOS E PONTAPÉS CONTRA COLEGA DE COLÉGIO. FRATURA DE OSSO NASAL. 1. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. A preliminar de ilegitimidade passiva não merece conhecida, por se tratar de matéria preclusa. A questão foi analisada pelo Juízo a quo em audiência de conciliação, ocasião em que os réus em relação à decisão não se insurgiram. 1. RESPONSABILIDADE CIVIL. Restou demonstrado que os filhos dos demandados desferiram socos e pontapés contra o autor, culminando na fratura de osso nasal. Ainda que houvesse injusta provocação do demandante, os meios utilizados para defesa foram desproporcionais em relação à suposta agressão. 2. RESPONSABILIDADE DOS PAIS PELOS FILHOS MENORES. Embora as agressões tenham sido perpetradas pelos filhos dos réus, os demandados respondem de forma objetiva pelos prejuízos por eles causados. Nestes lindes, o artigo 932 do Código Civil dispõe que são também responsáveis pela reparação civil os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. 3. DANO MORAL. IN RE IPSA. As agressões sofridas pelo autor afastam a necessidade de demonstração em juízo dos danos morais alegados, hipótese em que se afiguram dano in re ipsa. 4. DANOS MATERIAIS. Os danos materiais restaram devidamente comprovados. Não obstante os recibos não contenham descrição pormenorizada dos gastos realizados, trata-se de despesas contemporâneas às agressões sofridas pelo autor e relacionadas à tratamento médico. 5. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. Sucumbência mantida. NÃO CONHECEREM EM PARTE DO APELO E, NO QUE CONHECIDO, NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70017515677, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 17/09/2008). (RIO GRANDE DO SUL, 2008).

No entanto, a responsabilidade civil possui como o objetivo alcançar as condutas cometidas de forma contrária aos ensinamentos do Ordenamento Jurídico, que devido a isso podem ocasionar dano a outra pessoa, em razão disto indica a obrigação de reparar a conduta danosa, buscando compensar a vítima lesada. Conforme Cavalieri Filho:

Em seu sentido etimológico, a responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em seu sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação a um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 532).

Neste contexto, engloba a responsabilidade que os pais devem cumprir em razão dos atos gerados por seu filho menor de 18 anos. O compromisso de vigilância que é atribuído aos pais, quanto à responsabilidade investida a eles diz respeito a todos os atos cometidos por seus filhos. Dispõe Dias que:

A responsabilidade do pai pelos atos do filho se aplica a todos os atos ilícitos que pratique em qualquer situação, porque a vigilância que lhe incumbe é universal e contínua, não podendo, pois, pretender que com relação a determinados atos submetidos a essa vigilância não se configura a sua responsabilidade. (DIAS, 1995, p. 356).

Outra questão importante ao assunto é de que não é aceitável considerar a emancipação como fato excludente da responsabilidade paternal. Assim, é o que aponta a jurisprudência a seguir, onde o pai foi responsabilizado pelo filho menor emancipado. Vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - MENOR EMANCIPADO - RESPONSABILIDADE DO PAI - INVASAO DE VIA PREFERENCIAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. A EMANCIPACAO POR INSTRUMENTO PÚBLICO OU PARTICULAR E INEFICAZ PERANTE TERCEIROS ENQUANTO NAO INSCRITA NO REGISTRO PÚBLICO (ARTS. 12, II DO CC COMBINADO COM ART. 89 DA L. 6.015/73), ALEM DO QUE SEU OBJETIVO E BENEFICIAR O MENOR E NAO PREJUDICA-LO. 2. COMPROVADO O ATO ILICITO PRATICADO PELO FILHO MENOR, QUE ESTA EM SEU PODER E COMPANHIA, E PRESUMIDA A CULPA (IN VIGILANDO) DO PAI (ART. 1521, INC. I DO CC). 3. EM ACIDENTE DE TRÂNSITO E PELA CAUSA PRIMARIA OBJETIVA QUE SE DETERMINA A CULPA E A RESPONSABILIDADE CIVIL, PREVALECENDO SOBRE EVENTUAL EXCESSO DE VELOCIDADE, O INGRESSO EM VIA PREFERENCIAL SINALIZADA SEM AS NECESSARIAS CAUTELAS. LEGISLACAO: CC - ART 12, II CC - ART 442, I CC - ART 1521, I ATT CC - ART 9, PAR 1 CC - ART 156 CC - ART 159 CC - ART 1518 PAR UN L 6015/73 - ART 89 L 6015/73 - ART 91 L 6015/73 - ART 1 DOUTRINA: DIAS, AGUIAR - DA RESPONSABILIDADE CIVIL, V. II/560, FORENSE, 7 .ED. BEDAUR, PRECIS DES ACCIDENTES D.AUTOMOBILE, 3A. ED., P. 127 JURISPRUDENCIA: TARS - RT 693/172, REL. JUIZ CLARINDO FARETTO TAPR - AP. 88/80, DJ. 17.04.80 REL. JUIZ SILVA WOLFF 5A.CC - AC. 72, REL. JUIZ CICERO DA SILVA; 1A.CC - AC. 2036, REL. JUIZ CYRO CREMA; 5A. CC, AC 1600424, REL. JUIZ LEONARDO LUSTOSA. (TJ-PR - AC: 621885 PR Apelação Cível - 0062188-5, Relator: Ruy Cunha Sobrinho, Data de Julgamento: 29/11/1993, Sétima Câmara Cível (extinto TA). (PARANÁ, 1993).

Para tanto, não existem possibilidades do pai abster-se das responsabilidades praticadas pelo filho, atribuindo a culpa da ação ao pai do menor.

Nesta consonância, Dias explica:

A responsabilidade paterna, como decorrente que é dos deveres do poder familiar, não depende de ser ou não imputável o filho. Assim, em nada influi que o menor de mais de 16 anos esteja emancipado, por ato do pai, desde que a emancipação se revele como ato impensado, em fato do ato ilícito do menor, acarretando a responsabilidade, quando não com fundamento no art. 932, pelo menos em face dos princípios comuns do artigo 186. (DIAS, 1995, p. 345).

A prova liberatória possibilita o afastamento da responsabilidade dos genitores obtidas através de provas, comprovando que exerceram de acordo com o estabelecido por lei. Assim, é encontrado em diversos códigos o dispositivo prova liberatória, e mencionado em diversos artigos que retratam a responsabilidade civil dos genitores.

O afastamento da responsabilidade dos genitores poderá ser obtido através de provas produzidas pelos próprios pais, demonstrando que agiram conforme lhes era prescrito por lei. Assim, encontramos nos diversos códigos analisados um dispositivo legal denominado prova liberatória, que possibilita a exoneração dos genitores, estando ele incluindo na maioria dos artigos que regem a responsabilidade civil dos pais. (VIANA, 2004, p. 50).

Convém, no entanto que os genitores podem excluir-se da responsabilidade provando que não teriam a obrigação de assistir e vigiar seu filho, comprovando que por motivos diversos este não encontrava-se sob sua guarda e autoridade. Para Gonçalves:

Convém observar, todavia, que os pais não se beneficiam do afastamento voluntário em relação ao menor, bem como da emancipação por eles mesmos concedida. A única maneira do pai afastar-se de sua responsabilidade é provar que não tinha a obrigação de assistir e vigiar seu filho, pois este não se encontrava sob sua autoridade por motivos absolutamente alheios à sua vontade, o que poderia ocorrer, por exemplo, no caso de o menor fugir de casa e se encontrar em local desconhecido, ou em outras hipóteses de emancipação previstas no art. 5º, parágrafo único, do CC, tais como o casamento. Bem se vê, assim, que tal exclusão de responsabilidade é somente aplicável a situações excepcionais. (GONÇALVES, 2014, p. 234).

A responsabilidade civil em relação aos atos cometidos pelos filhos menores deve ocorrer sob três condições. A primeira diz respeito a responsabilidade dos pais enquanto exercem a guarda do filho, limitando os cuidados diretamente aos genitores e não a terceiros.

A segunda, se ilustra ao fato da presunção da responsabilidade só pode ocorrer se os filhos forem menor de idade e estiverem morando com os pais. Em contrapartida

na terceira, diz respeito aos pais de reparar os danos causados pelo filho, se houve culpa.

Neste contexto, Leite menciona que:

Três condições são necessárias para que se desencadeie a responsabilidade dos pais em relação à reparação do dano causado: a presunção de responsabilidade diz respeito ao pai e a mãe, enquanto exercem o direito de guarda; a responsabilidade dos pais só é presumida enquanto se referir a um filho menor com eles coabitando e a responsabilidade dos pais só é considerada se a criança cometeu um fato culposos. (LEITE, 2003, p. 217-218).

Outro ponto importante se diz sobre a guarda do filho, em casos de divórcio/separação dos genitores, por exemplo se quem detém a guarda do menor for a mãe, a ação ilicitamente praticada pelo filho incumbirá a mesma, e não será imposta ao pai. O STJ elucida claramente sobre este ponto, argumenta que em casos de guarda, quem responderá será aquele que possui a guarda do filho. Veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DE FILHO MENOR - PRESUNÇÃO DE CULPA - LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIEDADE, DO GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA - POSSIBILIDADE - NÃO OCORRÊNCIA IN CASU - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

I - Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano.

II - A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção juris tantum de culpa e de culpa in vigilando, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, § único e 1.521, inciso I do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, § único e 932, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n. 6.515/77, este recepcionado no art. 1.579, do novo Código Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

III - No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de modo irregular e guardada sem qualquer cautela (fls. 625/626).

IV - Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrido, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima.

V - Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 777327 RS 2005/0140670-7, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 17/11/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2009). (BRASIL, 2009).

No caso citado acima, a guarda do filho era unilateral portanto, apenas um dos pais pôde ser responsabilizado, isentando o pai, já que o mesmo não possuía a guarda do filho, porém o poder familiar permanece para os dois pais. Em contrapartida, na guarda compartilhada, ambos exercem poder familiar e poderão ser responsabilizados caso o filho menor de idade venha cometer ato ilícito, já que estão sob suas guardas e companhia. De acordo com Gonçalves:

Deve-se registrar, por oportuno, que a guarda compartilhada terá influência na responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos menores. Segundo a jurisprudência dominante, a responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do poder familiar. Em caso de guarda unilateral, responde somente o genitor que a tem, embora ambos sejam detentores do poder familiar. Como na guarda compartilhada ambos detêm o poder de fato sobre os filhos menores, mantendo-os “*sob sua autoridade e em sua companhia*” (CC, art. 932, I), respondem solidariamente pelos atos ilícitos dos filhos menores. (GONÇALVES, 2014, p. 299).

Portanto, na guarda compartilhada a responsabilidade pelos atos ilícitos cometidos pelos filhos menores é de ambos, e com isso faz com que os pais reflitam sobre a educação do filho, a criação e não menos a orientação, desta forma estabelecendo pontos a serem melhores e estratégias para que não venha a cometer atos ilícitos. É imprescindível um direcionamento de conduta quando criança, para que a criança possa seguir no caminho adequado.

Diante do exposto, Silva esclarece que:

Esse preâmbulo, sobre as várias teses a respeito da responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos de seus filhos, na constância do casamento ou da união estável, assim como após a quebra do vínculo familiar e no modelo da guarda única, foi para podermos ressaltar que na guarda compartilhada essas questões se tornam menos problemáticas, uma vez que pai e mãe serão solidariamente responsáveis, segundo explana Eduardo de Oliveira Leite “as decisões relativas à educação serão tomadas em comum (e a guarda conjunta é construída sobre esta presunção), ambos os genitores desempenham um papel efetivo 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.” (SILVA, 2005, p. 130).

Para Lôbo (2009) os pais devem representar e assistir seus filhos em conjunto, em razão disso, todas as decisões deverão ser tomadas com o consentimento de ambos, assegurando o princípio do melhor interesse do menor. No entanto, quando houver uma decisão em comum, torna-se possível pensar que os pais agiram juntos, adotando medidas afim de proteger e educar os filhos.

Entretanto, existem casos onde a guarda compartilhada não pode ser utilizado, principalmente em casos onde os pais não convivem de forma adequada, como o exemplo de jurisprudência a seguir. Veja-se:

CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. MENORES ADAPTADOS AO CONVÍVIO COM O PAI. FALTA DE PROVA DA MÁ CONDUTA PATERNA. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA NEGADO. DESARMONIA ENTRE OS PAIS EVIDENCIADA. ALTERNÂNCIA PREJUDICIAL ÀS CRIANÇAS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "Nas questões de guarda, os interesses do menor se sobrepõem à vontade de seus genitores" (Desembargador Mazoni Ferreira). A guarda compartilhada é medida exigente de harmonia entre os pais e de boa disposição de compartilhá-la como medida eficaz e necessária à formação do filho. À míngua de tais pressupostos, não há dúvida de que a constante alternância de ambiente familiar gerará, para a criança, indesejável instabilidade emocional. (TJ-SC - AC: 213587 SC 2009.021358-7, Relator: Luiz Carlos Freyesleben, Data de Julgamento: 09/09/2009, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. de Pinhalzinho). (SANTA CARATINA, 2009).

A participação dos pais no dia-a-dia da criança, contribui com seu desenvolvimento, e nisso se faz importante a presença dos pais nas tarefas da escola, nas apresentações, nas brincadeiras e até mesmo na hora de dormir. A ausência do pai, poderá acarretar em sérios danos psicológicos à criança. Como explanado anteriormente, a separação ocorreu entre os pais, e também é importante que os pais entendam isso, para que conflitos não sejam criados.

Na presunção, Dias proclama que:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. A figura do pai é responsável pela primeira e necessária ruptura da intimidade mãe-filho e pela introdução do filho no mundo transpessoal, dos irmãos, dos parentes e da sociedade. Nesse outro mundo, imperam ordem, disciplina, autoridade e limites. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação. Se lhe faltar essa referência, o filho estará sendo prejudicado talvez de forma permanente, para o resto de suas vidas. Assim, a ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir o projeto de vida. Tornam-se pessoas inseguras, infelizes. Tal comprovação, facilita pela interdisciplinaridade, tem levado ao reconhecimento da obrigação indenizatória por dano afetivo. Ainda que a falta de afetividade não seja indenizável, o reconhecimento da existência do dano psicológico deve servir, no mínimo para gerar o comprometimento do pai com o pleno e sadio desenvolvimento do filho. Não se trata de impor um valor ao amor, mas reconhecer que o afeto é um bem que tem valor. (DIAS, 2013, p. 470).

Por essas razões, o interesse do menor deve ser colocado em primeiro lugar, por mais que as vezes as coisas não ocorram de uma maneira correta. Os pensamentos dos pais podem influenciar a forma com que a criança pensa, nessa medida é importante o respeito, vale salientar que a melhor forma de resolver problemas e conflitos é dialogando. Frisa Bemfica:

A questão da guarda de filhos transborda em problemas psicoemocionais. Ela é um estágio na vida familiar precedida de uma crise e seguida de fortes mudanças estruturais. Os filhos passam a um plano secundário na disputa entre seus genitores. Sobram-lhes problemas psicológicos. Lidando com pessoas, a singularidade de cada qual não pode ser ignorada. Faz-se necessário um conhecimento sobre o funcionamento mental e a dinâmica interpessoal dos indivíduos em suas relações familiares e sociais. (BEMFICA, 2001, p. 20).

Contudo, os aspectos psicológicos da criança são muito relevantes ao se tratar de guarda, o que ocorre de fato são as péssimas relações de convívio dos pais que acabam afastando os filhos e gerando conflitos, ocasionando tristeza e por consequência alguma estabilidade emocional.

Por consequência, tempos atrás a custódia dos filhos quase sempre era depositada a mãe por questões referentes ao afeto, ao cuidado. Porém com o avanço da sociedade, novas atribuições ganharam espaço, como de fato o pai possuir a guarda do filho, bem como outros membros da família. As decisões devem ser tomadas de acordo com a vontade da criança, com o pensamento e o vínculo que a criança exerce com determinado familiar.

No caso da guarda compartilhada, os pais devem exercer direitos iguais, estabelecer afetividade, amor, em consonância com as duas famílias, tanto do pai, quanto da mãe. É inexorável a convivência da criança com as demais pessoas da família, estes sentimentos asseguram segurança no filho. Destaca Akel:

Na vivência do exercício da guarda compartilhada, a criança ou adolescente desfrutam do convívio constante com ambos os genitores, sem, contudo, ocasionar uma ruptura na sua habitualidade e uma adaptação extremamente séria e abrangente a uma nova realidade. Um dos genitores permanece com a prole e, ao outro, é conferida total flexibilidade para participar da sua vida, resultando a ambos os pais a convivência permanente com os filhos, principalmente, no que tange a assuntos importantes referentes à sua formação e educação, preservando, assim, a continuidade e o fortalecimento dos laços afetivos que existem entre pais e filhos, desde o momento da concepção. (AKEL, 2008, p. 113)

Os procedimentos de guarda em relação aos filhos são complexos e por vezes necessitam da ajuda de uma equipe multidisciplinar, neste campo adentra a ajuda de um profissional qualificado na área da psicologia para amparar a criança de acordo com as necessidades que a mesma apresenta.

O cuidado integral dos pais, em relação aos filhos deve ser contínuo, com base no amor, no cuidado, no afeto e no respeito. Valores são criados enquanto criança, portanto é imprescindível relações de respeito entre os pais, mesmo que estejam separados.

Neste pressuposto, torna-se visível que o a função exercida pelos pais no que diz respeito aos atos cometidos pelos filhos, é de grande relevância, portanto torna-se importante os estudos a respeito deste assunto na medida em que outra pessoa possa ser reparada pelo dano sofrido de outrem. A responsabilidade civil dos pais será cessada quando os filhos completarem 18 anos, assim os pais serão isentados de responder sobre os atos ilícitos cometidos pelos filhos.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil, é a obrigação de reparar o dano causado a outra pessoa, portanto para a responsabilidade ser caracterizada se faz necessário os pressupostos, como também as espécies da mesma. Pode-se constatar que a responsabilidade, no Código Civil de 1916, era subjetiva e com culpa provada, onde a fonte principal era o art. 159 do Código Civil, e que apenas em alguns artigos em específico a responsabilidade era objetiva. Para tanto mostrou-se insuficiente, fazendo-se necessário adotar teorias sem fundamento na culpa, de acordo com leis especiais.

Em relação a responsabilidade subjetiva e objetiva, a diferença entre elas é a comprovação ou não da culpa. Diante da responsabilidade subjetiva, haverá a necessidade dos quatro elementos, o ato ilícito, a culpa em *lato sensu*, o dano e o nexo causal, deste modo comprovando a culpa do agente. Em contrapartida, na responsabilidade objetiva, os quatro elementos citados acima, também se fazem presente, porém não há a necessidade da comprovação da culpa, o agente já responde pelo ato.

No ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva é vista como uma exceção, e poderá ser utilizada por exemplo em uma responsabilidade por ato de terceiro, onde adentra a responsabilidade dos pais acerca dos atos ilícitos cometidos pelos filhos menores, onde o dano ocasionado pelos filhos, será responsabilizado pelos pais. Ou seja, se o filho menor gerar um dano quem irá responder são os pais.

Quanto ao poder familiar, os genitores respondem por seus filhos, independentemente da condição conjugal, estes devem assegurar os direitos e deveres dos filhos, bem como zelar por sua proteção e educação. Caso haja divergências entre os pais e filho, o juiz estabelecerá curador especial, este exercerá o poder familiar no lugar dos pais. Como fora visto acima, a situação conjugal dos pais, em hipótese alguma deverá interferir na relação com os filhos, portanto os pais devem ter ciência do que é o melhor para criança, estabelecendo convivência adequada, objetivando o futuro da criança. Em casos onde os pais não exercerem seus deveres em relação ao filho, estes serão extintos do poder familiar.

A guarda é a única que altera o poder familiar, portanto no caso da guarda unilateral, a responsabilidade é atribuída a um dos pais ou a quem substitua, sendo

utilizada quando a impossibilidade dos pais efetuarem a guarda compartilhada, neste caso o genitor fica com a responsabilidade de decidir sobre a vida da criança.

Em contrapartida, a guarda compartilhada, é a mais apropriada e prezada para os filhos, pois ambos os pais exercem responsabilidade sobre os seus filhos, ou seja, a responsabilidade é conjunta e os dois decidem sobre a vida da criança. Visa a convivência tanto para o pai, quanto para a mãe, como também a convivência com os demais familiares, propositando o bem-estar social e mental da criança. Também é imprescindível determinar a residência fixa da criança, para que mesma tenha um ponto de referência. Deverá ser escolhida diante das condições que os pais possuem de direcionar a criança, quanto ao desenvolvimento e educação.

Entretanto, a condição financeira dos pais neste quesito apesar de necessária, não se faz primordial, a condição que deve existir é a relação de afetividade entre os pais e filhos. O fato dos pais morarem em residências distantes, não impossibilita de que exerçam a guarda compartilhada, nestes casos será necessário aderirem aos meios de comunicação, para decidirem questões inerentes ao filho.

A guarda compartilhada é a forma mais adequada de guarda, e pode ser atribuída tanto pelo consenso dos pais, quanto por decisão judicial. O fato dos pais exercerem a guarda em conjunto, possibilita a comunicação entre os mesmos para tomarem as decisões em conjunto, em prol dos filhos. As condições psíquicas da criança, devem ser relevantes, contudo podem sofrer com o rompimento conjugal dos pais, para tanto nestas condições a guarda compartilhada pode diminuir conflitos na mente da criança.

Para tanto, os pais possuem a responsabilidade civil de reparar os atos ilícitos, cometidos pelos filhos menores de idade, independentemente se encontram-se separados, divorciados, etc. Ambos exercem responsabilidades enquanto os filhos menores de 18 anos e enquanto estiverem sob suas companhias.

Os pais, enquanto exercerem a guarda compartilhada, devem refletir sobre a educação, bem como o comportamento da criança, devem orientá-los quanto a conduta que devem seguir, a propósito é na infância que valores são criados. Estratégias podem ser utilizadas, como forma de orientá-los quanto a educação e dessa forma os eximindo de cometer atos ilícitos.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

_____. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada**. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 16 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018. **Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente**. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 25 de setembro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13715.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 777327. Relator: Ministro Massami Uyeda, DJe 01/12/2009. **JusBrasil**, 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8636279/recurso-especial-resp-777327-rs-2005-0140670-7-stj>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DILVANIR, José da Costa. **Filiação jurídica, biológica e sócio afetiva**. 1. ed. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo couro de Direito Civil.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Civil Brasileiro.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Responsabilidade Civil.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Famílias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Doutrinas especiais, responsabilidade civil.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 0062188-5. Relator: Desembargador Ruy Cunha Sobrinho, DJ 29/11/1993. **JusBrasil**, 1993. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4008107/apelacao-civel-ac-621885>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70017515677. Relator: Desembargador Odone Sanguiné, DJ 17/09/2008. **JusBrasil**, 2008. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22941829/apelacao-civel-ac-70029335395-rs-tjrs/inteiro-teor-111186019>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 213587 SC 2009.021358-7. Relator: Desembargador Luiz Carlos Frevesleben, DJ 09/09/2009. **JusBrasil**, 2009. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6714226/apelacao-civel-ac-213587-sc-2009021358-7>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

SILVA, Ana Maria Milano. **Guarda compartilhada.** São Paulo: Leud, 2005.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIANA, Jeovanna. **Responsabilidade civil dos pais pelos atos dos filhos menores**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.