



GABRIELLA CRISTINA BRITO RIBEIRO BEZERRA

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS EM FACE DOS ATOS ILÍCITOS COMETIDOS PELOS FILHOS MENORES

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, menção em Direito Civil.

Orientador: Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho.

Coimbra 2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



GABRIELLA CRISTINA BRITO RIBEIRO BEZERRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS EM FACE DOS ATOS ILÍCITOS
COMETIDOS PELOS FILHOS MENORES**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas, menção em Direito Civil.

Orientador: Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho.

**COIMBRA
2014**

*Dedico este trabalho ao meu esposo,
Adolpho, e ao meu filho, James, as
razões da minha existência. Amo-vos!*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida, por me iluminar, protegendo-me e guiando o meu caminho.

À Nossa Senhora de Fátima, que nos momentos de alegria e dificuldade esteve sempre presente na vida da minha família.

Aos meus pais Evaldo e Mônica, que me criaram com muito amor, carinho e respeito, propiciando-me ser formada numa mulher digna e respeitosa. Agradeço por todo o apoio que me deram.

Ao meu esposo Adolpho, que me acompanhou do início ao fim deste trabalho, ajudando-me e incentivando-me a lutar pelos nossos sonhos e objetivos, e que, nos momentos de tempestade, sempre esteve presente para me ajudar a remar contra a maré. Agradeço demais pela compreensão, pelo companheirismo, pela lealdade, pelo imenso amor e pela força que me dá para lutarmos juntos, rumo ao nosso sucesso profissional e sempre na busca da melhor educação e qualidade de vida para o nosso filho.

Ao meu filho James, que trouxe para nós o maior amor do mundo! Foram os seus sorrisos, o seu carinho e o seu jeitinho único que me deram forças para continuar nessa batalha e que, durante os momentos da escrita dos capítulos, esteve ali ao meu lado, chamando “mamã”, soltando beijos, descobrindo suas primeiras palavras, aprendendo a andar. E eu aprendendo mais ainda com ele, aprendendo a ser mãe, o melhor presente que ele e meu marido me deram.

Aos meus irmãos Rafael e Bruno, pelos quais tenho um amor enorme.

Às minhas avós materna e paterna, que eu tenho enorme privilégio de até hoje tê-las em minha vida.

Aos meus avós, que não mais estão aqui na terra, mas que permanecem para sempre na minha lembrança e nos meus pensamentos.

À toda a família do meu esposo, que passou a ser minha também. Agradeço pelo carinho e por todo o apoio que deram.

Ao meu orientador, professor doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, que sempre esteve muito presente durante todo o mestrado, seja nas aulas do primeiro ano escolar ou na fase de escrita da tese. Mesmo eu estando do outro lado do Oceano, sempre se mostrou solícito e atencioso para responder meus e-mails com dúvidas.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pela honra de me propiciar viver academicamente em um lugar tão rico em tradições e em trocas de conhecimento.

À todas as pessoas que trabalham na Universidade de Coimbra e que, de alguma maneira, ajudaram-me nesse trajeto de estudos e pesquisas.

Por todas aquelas pessoas que direta ou indiretamente ajudaram-me a chegar até aqui.

“Os pais lhe impõe uma espécie de regra e jurisdição quando vêm ao mundo, e a conservam ainda por algum tempo, mas tal poder é apenas temporário”.

LOCKE, John.

SUMÁRIO

RESUMO	7
INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – BASES DA FORMAÇÃO FAMILIAR	10
1.1 Evolução histórica da formação familiar: Da gênese à concepção atual	10
1.2 Construções teóricas do termo família, sua importância e inserção no contexto social	16
1.3 Do poder paternal às responsabilidades parentais: a paulatina construção ao longo dos tempos/mutações incompletas	19
1.4 Promoção da autonomia e independência dos filhos em alguns países europeus (Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha e Reino Unido)	26
CAPÍTULO 2 – REGIME JURÍDICO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS	31
2.1 As recentes alterações do regime jurídico das responsabilidades parentais	31
2.2 Alterações legislativas sobre o regime das responsabilidades parentais de alguns ordenamentos jurídicos europeus	35
2.3 Síndrome da Alienação parental nos casos de guarda única/unilateral e influências com relação aos atos ilícitos cometidos pelos filhos menores	43
CAPÍTULO 3 – DOS OBRIGADOS À VIGILÂNCIA DE MENORES INCAPAZES E DA BUSCA PELA HARMONIZAÇÃO DO SISTEMA	55
3.1 Breves comentários acerca do instituto da responsabilidade civil	55
3.2 Dos obrigados à vigilância dos naturalmente incapazes	59
3.3 Da responsabilidade dos pais	65
3.3.1 Na constância do casamento	65
3.3.2 Após a ruptura conjugal	67
3.3.3 Possíveis alternativas para uma harmonização no sistema de guardas	75

3.3.4 Pressupostos de aplicabilidade do art. 489.º do Código Civil português e possíveis alternativas para uma harmonização no sistema da responsabilidade civil por atos ilícitos cometidos por filhos menores _____ **78**

CONCLUSÕES _____ **82**

REFERÊNCIAS _____ **85**

RESUMO

Ao longo do tempo, as sociedades dos países ocidentais têm sido alvo de modificações em suas estruturas. O mesmo acontece com a instituição familiar que, desde a segunda metade do século XX, tem sofrido com o aumento significativo do número de casais que rompem a sociedade conjugal. Isso tem influenciado diretamente na estabilidade do ambiente de desenvolvimento da personalidade do menor. Na medida em que casais põem fim ao relacionamento, é necessário encontrar soluções que sejam mais adequadas para dirimir eventuais complicações e que amenizem o sofrimento dos filhos. A escolha pela guarda única/unilateral não tem se demonstrado suficientemente hábil para uma adequada harmonização no sistema das responsabilidades parentais. Hoje, os progenitores vêm optando pela escolha da guarda conjunta e pela guarda alternada. Prioriza-se a manutenção de uma relação cooperativa e flexível, no intuito de se velar pelo melhor interesse do menor. Na constância do matrimônio e após a ruptura conjugal, para que não cometam atos ilícitos em face de terceiros, os pais têm o dever de cuidar das suas proles, mas, em caso de possível dano provocado, os responsáveis poderão comprovar que, mesmo se tivessem cumprido corretamente com o dever de vigilância, o ato, ainda assim, teria ocorrido.

Palavras-chave: Responsabilidade parental – Responsabilidade civil – Guarda – Rompimento conjugal.

INTRODUÇÃO

Escrever sobre a responsabilização dos pais por atos ilícitos cometidos pelos filhos menores não é uma tarefa fácil. Um estudo rigoroso sobre a temática demanda a exposição de detalhes que, se não forem retratados, certamente não se abordará o assunto com a atenção que tanto é merecida. O tipo de guarda exercida em caso de rompimento conjugal e a culpa do suposto responsável pelo dano provocado – seja por falta de vigilância, por falhas de educação que o menor demanda em sua formação ou por omissão no dever de proteção – são apenas dois dos fatores que, como se pretende demonstrar, devem ser apurados para se decidir sobre as responsabilidades parentais.

Insta salientar que, em razão da inúmera variedade de fontes de referência existente – livros e artigos científicos – sobre o tema, a pesquisa bibliográfica serve como ponto de partida ao seu desenvolvimento.¹ E, em razão desses casos sobre responsabilidades parentais serem – quando não há acordo entre as partes – decididos por sentença judicial, é imperiosa uma análise documental da jurisprudência e da legislação pertinente sobre a matéria.

Propõe-se a realização de um trabalho jurídico não exclusivamente sob o aspecto normativo, mas também direcionado às realidades da prática diária do exercício das responsabilidades parentais, para se efetivar direitos e melhorar as relações existentes na família. Dessa forma, serão utilizadas duas vertentes teórico-metodológicas de pesquisa: a modalidade jurídico-dogmática e a modalidade jurídico-sociológica.

Quando se avança em busca de se chegar a algum lugar, somente andar não é suficiente. É necessário saber por onde se quer percorrer, para não se empregar esforços desnecessários ao destino que se pretende alcançar. O método serve exatamente para mostrar qual o caminho mais favorável a tomar, permitindo uma caminhada mais adequada, sem surpresas desagradáveis pelo caminho, de modo que se aumentem as probabilidades de obtenção de resultados satisfatórios no objetivo final.² Nesse sentido, utilizar-se-á na presente pesquisa o método dedutivo e a investigação histórico-jurídica para se falar sobre o tema.

¹ GIL, Carlos Antônio. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 48.

² MAMEDE, Gladston. *O Trabalho Acadêmico no Direito: Monografias, Dissertações e Teses*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 17-8.

De início, será feita uma investigação sobre a historicidade da formação familiar, buscando-se demonstrar, pelo menos sucintamente, a gradativa evolução da família, desde a gênese romana até o tempo presente. Em seguida, abordar-se-á a questão da confusão terminológica no tocante a expressão poder familiar que, no curso da história, como oportunamente se perceberá, teve sua nomenclatura alterada, de modo a provocar confusão mesmo entre os juristas.

No segundo capítulo, serão abordadas as recentes alterações legislativas sobre o regime das responsabilidades parentais. Alguns modelos legislativos de destaque nos países da União Européia serão comparados com outros sistemas, de modo que, em conjunto com a identificação de hipóteses decorrentes da análise de diversos casos concretos, possa-se perceber quais as modalidades de guarda mais adequadas a serem seguidas.

No terceiro capítulo, serão abordados temas tais como: o instituto da responsabilidade civil – que, por estar em constante evolução, tem-se como necessidade analisar criticamente os seus pressupostos de aplicabilidade, de modo a não deixar nenhuma vítima desamparada; a responsabilidade civil dos genitores pelos filhos na constância do casamento e após o rompimento conjugal; e a questão da ausência de patrimônio dos responsáveis para responder pelos atos ilícitos cometidos pelos menores.

Propor-se-á, por fim, possíveis soluções para a harmonização do instituto das responsabilidades parentais. Com efeito, surgem algumas dúvidas que não se poderia deixar de questionar e que se tentará responder ao longo da presente tese: Até que ponto os cônjuges podem agir sozinhos? Nos casos de urgência, qual seria a conduta a ser tomada? Quando o menor comete um ato ilícito na presença do responsável que não detêm da guarda, ou até mesmo daquele que é detentor de uma guarda conjunta/compartilhada, quem arcaria com os prejuízos provocados pelo menor? E o que fazer, quando, nos casos de guarda alternada, o convívio com os outros membros da residência influenciam negativamente a vida do menor em formação?

CAPÍTULO 1 – BASES DA FORMAÇÃO FAMILIAR

1.1 Evolução histórica da formação familiar: Da gênese à concepção familiar

O ente familiar é, segundo a doutrina mais sólida sobre o assunto, o instituto de direito de família mais antigo e universal de todos os tempos. Sob uma perspectiva histórico-evolutiva, teve o seu devido reconhecimento nas mais diferentes sociedades e culturas do globo, especialmente na civilização romana, concretizando-se como uma das mais antigas e tradicionais instituições da história ocidental, apresentando suas inconfundíveis essências.³

O modelo de formação familiar que se tem hoje no ocidente, embora esteja em constante modificação, ainda recebe influências do clássico direito romano, que, no concernente às origens da família, evoluiu e conseguiu expandir suas regras para várias partes do planeta.⁴ É conhecida, em todos os tempos, como a célula *mater* da sociedade de todos os povos.⁵ Desde os princípios de surgimento da espécie, os homens se reuniam em grupos formados de uma maneira natural e caracterizados pela informalidade nas suas relações internas, a depender, entretanto, do estágio cronológico vivenciado.⁶

Decorridos vários séculos de sua existência, a entidade familiar continua plenamente vigente e atual.⁷ Pode-se dizer que se adequa, sempre que necessário, ao âmbito do desenvolvimento social de seu tempo. Nesse sentido, surgem, “em cada momento histórico, novas necessidades, novos interesses e, conseqüentemente, uma

³ CARLETTI, Almilcare. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2000. p. 171.

⁴ MEDEIROS, Noé de. *Lições de Direito Civil: Direitos de Família; Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997. p. 31.

⁵ SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao Direito Civil: Ius Romanum*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 153.

⁶ Assim, Cunha dá nome e exemplifica as formações decorrentes da evolução dessas entidades familiares. Observa-se: “Essas primeiras entidades familiares, unidas por laços sanguíneos de parentesco, receberam o nome de *clãs*. Com o crescimento territorial e populacional desses clãs, que chegavam a possuir milhares de membros, essas entidades familiares passaram a se unir, formando as primeiras tribos, grupos sociais compostos de corporações de grupos de descendentes.” CUNHA, Matheus Antônio da. O conceito de família e sua evolução histórica. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 27 Set. 2010. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica.html>>. Acesso em: maio-2014. Para uma leitura sobre relações de poder, vide: ROSO, Jayme Vita. *A Ética da Família e as Relações de Poder*. Uma Tentativa de Visão Judaica. Rio de Janeiro: IMAGO, 2003.

⁷ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. p. 1.

peculiar estruturação familiar”⁸ de acordo com os moldes do ambiente sócio-cultural do lugar de sua manifestação.

Partindo-se de uma perspectiva histórica, percebe-se que, ao longo dos anos, a família sofreu intensas modificações⁹ em seus institutos. Tanto no oriente como no ocidente¹⁰ não se estruturaram sociedades sem que se fundamentassem numa base familiar.

Desde a antiguidade clássica, a família já sofria fortes influências políticas, econômicas, sociais e culturais¹¹ – muitas ainda presentes nos nossos dias, embora outras delas tenham sido superadas¹² diante da evolução cultural das sociedades ocidentais –, que alteravam a sua estrutura originária de composição e as condutas de comportamento dos seus integrantes, mas mantendo o status de base da formação e desenvolvimento do indivíduo.¹³

⁸ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1.

⁹ No tocante as modificações ligadas à família, Santos expõe que: “A família romana passou por uma grande evolução no vencer do tempo. A típica família dos tempos primevos e medievos já não existia, no direito pós-clássico, com aquelas características das relações patrimoniais, domésticas, econômicas e religiosas. Foi uma mudança lenta e gradual, mercê do trabalho e atuação dos juristas, dos pretores e dos imperadores, que concorreram para a transformação da arcaica concepção familiar. Dessa forma, no direito justinianeu, sob forte influência do cristianismo, a família alcança a concepção ou a visão dos modernos. A influência de outras culturas, a expansão territorial, a decadência dos costumes estóicos que desvanecem os *mores maiorum*, o cristianismo com uma nova e diferente doutrina e filosofia de vida, a decorrente decadência da civilização determinarem essas mudanças.” SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao Direito Civil: Ius Romanum*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 158.

¹⁰ NOGUEIRA, Mariana Brasil. A Família: Conceito e evolução histórica e sua importância. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>>. Acesso em: maio-2014.

¹¹ Para título de informação, no Império Romano era tradicional a manutenção de um altar com a presença de fogo no lar das famílias que ali viviam, sendo obrigação da figura paterna manter a chama sagrada acesa o dia inteiro. COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 34. Ainda neste contexto e a critério de curiosidade, Augusto dos Santos revela que “a criança aprendia que o fogo perpétuo da lareira era a substância da deusa vesta, a sagrada flama simbolizadora da vida e da continuidade da família e que, por isso, nunca deveria estar apagado.” SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao Direito Civil: Ius Romanum*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 154. O fogo era considerado proveniente da divindade, onde todos os membros da família faziam adorações e preces ao seu redor, sem se preocupar com o fogo do vizinho, pois cada lar protegia apenas os seus, como anota Coulanges. COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 34.

¹² SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao Direito Civil: Ius Romanum*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 156.

¹³ Nesse sentido: “a família sofre fortes influências políticas, econômicas, sociais e culturais, ocasionando mudanças nos papéis e nas relações em seu interior, bem como alterando sua estrutura no que diz respeito à composição familiar. Graças a sua grande capacidade de ajustar-se às novas exigências do meio, a família tem conseguido sobreviver, a despeito das intensas crises sociais. Ela é ainda a matriz mais importante do desenvolvimento humano e também a principal fonte de saúde de seus membros.

Sobre a estruturação da família, a doutrina entende que a entidade engloba um pequeno número de parentes e outras pessoas economicamente vinculadas ao grupo, mesmo que estes não possuam nenhuma relação de consanguinidade.¹⁴

Em relação ao aspecto obrigacional, aduz-se que os membros da entidade familiar estabeleciam uma espécie de compromisso de natureza ética de uns para com os outros.¹⁵ Sob a liderança do patriarca, assumiam obrigações morais entre si. Em razão do intenso respeito atribuído àquele ancestral comum, o poder patriarcal¹⁶ era responsável por estabelecer regras dentro da entidade familiar.

A família patriarcal¹⁷ era representada pela figura do pai¹⁸ como um símbolo de chefe maior. Atualmente, essa importância não se extinguiu por completo, mas, no tocante ao berço dos cuidados familiares e parentais, há uma busca pela igualdade¹⁹ de tratamento e de conceitos entre as figuras paterna e materna.²⁰

SIMIONATO, Marlene Aparecida Wischral; OLIVEIRA, Raquel Gusmão. Funções e transformações da família ao longo da história. Disponível em: <<http://www.abpp.com.br/abppprnorte/pdf/a07Simionato03.pdf>>. Acesso em: maio-2014.

¹⁴ SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao Direito Civil: Ius Romanum*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 156.

¹⁵ CUNHA, Matheus Antônio da. O Conceito de Família e sua Evolução Histórica: Portal Jurídico Investidura. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica.html>>. Acesso em: maio-2014.

¹⁶ Nogueira afirma que “a chefia acaba sendo exercida pelo cidadão mais ancião, devido a sua capacidade e combatividade de se impor sobre os demais.” NOGUEIRA, Oracy. *Família e Comunidade*. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais, 1962. p. 243.

¹⁷ Sobre a importância do *pater*, Aristóteles preconiza que: “O chefe da casa governa sua mulher e seus filhos como a seres livres, mas não da mesma maneira: relativamente a seus filhos, o poder é o de um rei. Pois, embora haja exceções antinaturais, na ordem natural o macho é o mais trabalhado para o comando da fêmea, do mesmo modo que o mais velho, que atingiu o seu desenvolvimento completo, é superior ao mais jovem e imaturo.” ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 128.

¹⁸ Para determinados doutrinadores, a linguagem também contém uma norma, fazendo parte do que se considera conceito amplo de direito, como por exemplo, as leis, os costumes e a cultura. Se ainda consideram a linguagem uma forma de comunicação mais utilizada pelo sexo masculino, significa dizer que a cultura ainda continua a ser patriarcal e as pessoas/famílias estão a vivenciar um “patriarcado implícito.” SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 20.

¹⁹ Sobre o igualitarismo, observa-se o entendimento de Rita Lobo Xavier: “Verifica-se também a progressiva afirmação de uma ideologia do igualitarismo jurídico, mesmo perante a inegável persistência da diferenciação entre o homem e a mulher, o pai e a mãe, e o exacerbar das relações de poder de facto que demonstram quanto a realidade portuguesa ainda está longe daquele paradigma. Na verdade, a vida real das mulheres portuguesas continua a ser marcada por desigualdades que nada têm a ver com a diferenciação entre os sexos, antes constituem verdadeiras discriminações atestadas pelos resultados estatísticos. E, todavia, a insistência numa igualdade formal deixa por reconhecer a principal distinção a fazer em relação aos filhos, distinção que nasce da verdadeira diferenciação e complementaridade entre o ser humano homem e o ser humano mulher, isto é, a aceitação do particular e precoce vínculo bio-afectivo da mulher com o filho que se gera no seu próprio corpo e que depende sobretudo dela para sobreviver. O igualitarismo pode ser especialmente gerador de conflito no caso da regulação do exercício das responsabilidades parentais relativamente a filhos nascidos quando não exista comunhão de vida entre

O poder paternal na família romana²¹ tinha uma função de autoridade.²² O *pater*²³ era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. A mulher ocupava posição subalterna, enquanto os filhos estavam submetidos à autoridade paterna. O destino²⁴ das crianças recém-nascidas dependia da análise do chefe para saber das possibilidades de se fazer permanente ou não a sua continuidade no seio familiar, de modo que o pai tinha

os progenitores, situações em que, muitas vezes, porfiar pela presença do progenitor masculino torna mais problemática a difícil situação da mulher só que vive com o filho. Por isso, tenho dificuldade em compreender a proposta de alteração para o regime que resulta hoje dos actuais n. 1 e 2 do artigo 1911º (3).” XAVIER, Rita Lobo. Responsabilidades Parentais no Século XXI. *Lex Familiae*: Revista Portuguesa de Direito da Família. Ano 5, n. 10. Julho-Dezembro-2008. Coimbra: Coimbra Editora. p. 20.

²⁰ “Historicamente, por força do sistema patriarcal, o desempenho do cuidado não coincidia com a detenção dos poderes de representação, educação e de decisão em relação aos/às filhos/as. Os direitos das mulheres dentro da família foram objeto da luta das feministas durante o século XIX e até à década de 70 do século XX, que introduziu, no direito civil, o princípio da igualdade dos cônjuges. A abolição do poder marital, da posição do marido como chefe da família e como representante dos filhos/as menores e das incapacidades da mulher casada significou o triunfo da afetividade e dos laços emocionais em relação à criança sobre a relação de poder entre o pai e os/as filhos/as. Contudo, o sexismo e a hierarquização das relações familiares em função do género não desapareceram dos costumes e das práticas sociais. Actualmente, na era da igualdade formal, urge implantar um conceito de igualdade social, dirigido a eliminar a eliminação formal, urge implantar um conceito de igualdade social, dirigido a eliminar as desigualdades de facto que persistem na sociedade e a reconhecer o valor social do cuidado das crianças e de outros dependentes, deficientes e idosos. O valor do cuidado está ligado ao género feminino, pois foram as mulheres, através da maternidade, que trouxeram este valor à Humanidade. O facto de as mulheres terem sido, ao longo da história, um grupo social discriminado fez com que as tarefas de cuidado dos outros fossem desvalorizadas, sendo objeto da mesma invisibilidade imposta às mulheres. É importante que este valor, que define o grau de humanismo de uma sociedade, se torne num valor de todos, homens e mulheres, e que lhe seja atribuído um significado económico, social e político relevante, pois dele depende a sobrevivência da espécie humana.” SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 23.

²¹ VIANA, Marco Aurélio S. *Direito Civil: Direito de Família*. v. 2. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1988. p. 23-24.

²² Para título de observação, vejamos o que acontece no Peru com relação a filhos maiores de idade que desejam contrair matrimônio: “No Peru, os filhos, mesmo maiores, não podiam contrair matrimônio sem o consentimento, sob pena de tê-lo anulado e vir a prole a ser considerada ilegítima.” DAIBERT, Jefferson. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 334.

²³ Sobre o *Pater*, vide o que preconiza Torres: “O vínculo essencial e aglutinador de todos os membros, neste tipo de família, é a autoridade do “pater”, isto é, muito embora existam os vínculos naturais-casamento, parentesco e afinidade,- o que liga os diversos membros da família e que, por isso, adquire maior realce, é o vínculo político- jurídico.” “Acontecia, por consequência, haver muitas pessoas que eram parentes naturais e que não pertenciam à família e haver indivíduos que, de acordo com a moderna concepção de família, a ela pertenciam.” “Note-se que a existência predominante do vínculo político-jurídico não impede a existência de outros. Simplesmente ele sobrepõe a estes outros.” “A família tem, como ideias fundamentais a necessidade de se bastar a si mesma, a sua autodefesa e satisfação do culto dos antepassados, necessidades às quais a própria geração estava subordinada.” “Todas estas necessidades fizeram com que a família se transformasse num grupo forte e coeso, dotado de grande poder político, o que explica que se hipertrofiasse o aspecto de subordinação a um chefe comum esbatendo-se em contrapartida os vínculos naturais, que contudo não deixaram de existir.” TORRES, Antônio Maria M. Pinheiro. *Em Defesa dos Direitos da Família*. Lisboa: Rei dos Livros, 1999. p. 42.

²⁴ Com os ensinamentos de Rizzardo, pode-se observar que: “De acordo com os escritos antigos, reunia-se um conselho familiar- o *judicium domesticum*- para opinar a respeito da morte do filho. Mas, dado o parecer, prevalecia a vontade do *pater*.” RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 898.

sobre eles direito de vida e morte. A administração da economia e dos bens dos familiares, mesmo que estes não fossem parentes consanguíneos, também estava submetida à autoridade paternal.

O exercício do poder familiar se distanciava do estabelecimento de laços afetivos entre pais e filhos.²⁵ O que havia era sua grande ligação com aspectos materiais, de propriedade. A prole era considerada como mero objeto onde o pai pudesse dispor a qualquer momento.

No Direito Germânico²⁶ antigo, embora predominasse o patriarcalismo, havia uma diminuição dessa rigidez. Os filhos que ingressassem no exército, por exemplo, eram libertos do pátrio-poder.

É notório que, no atual estágio de vivência da sociedade pluralista, as estruturas familiares ocidentais passam por diversas mudanças. Hoje, a maneira pela qual é construído o conceito de família expressa uma dessas modificações. Com a contínua valorização de cada um dos seus membros, passa-se a atribuir mais autonomia e liberdade dentro do seio familiar.²⁷

Sabe-se que o decorrer do tempo trouxe alterações²⁸ no que tange às relações familiares. Antes, vigia o modelo autoritarista, mas a expressão de poderes-deveres, exercidos pelos pais em conjunto, ganhou espaço de aplicação. É o que entendem Gilmar Mendes, Mártires Coelho e Paulo Branco²⁹, quando expõem que aquilo que

²⁵ Observa-se o entendimento da doutrinadora Vanessa Perin: “A evolução da sociedade civil no curso do século XX, em especial após a Segunda Guerra Mundial, conduziu alguns juristas a afirmar que a vinculação do poder concedido aos pais em função dos deveres éticos existentes para com os filhos também passou a ser uma vinculação jurídica. Desse modo, a mudança da terminologia de pátrio poder para poder familiar representa não apenas a busca da equalização dos pais quanto à titularidade e ao exercício do poder familiar, mas também a tentativa de suprimir o ranço autoritário diante da consideração dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.” PERIN, Vanessa. O Poder Familiar. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-poder-familiar/68575/>>. Acesso em: novembro-2011.

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. p. 898.

²⁷ SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 23.

²⁸ Dessa maneira “... o processo de evolução não teve a intenção de criar uma nova “figura jurídica”, muito menos de substituir um pelo outro, o que houve foi uma evolução, portanto, observemos o que Denise Damo traz em sua obra: *Mutatis mutandis*, não se substituiu o pátrio poder pelo poder familiar, mas sim, se evoluiu de um para o outro, tendo em conta os novos conceitos jurídicos e os valores da sociedade brasileira, dentre os quais a igualdade entre os filhos, a prevalência dos interesses do menor, a função instrumental do poder familiar e a isonomia jurídica entre o homem e a mulher. COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 54-55.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1554.

outrora era caracterizado por um feixe de prerrogativas autoritárias do chefe da família, hoje, constitui um conjunto de poderes-deveres no novo seio familiar.

A igualdade entre os cônjuges vem conquistando seu espaço e, com isso, os papéis de educadores da mãe e do pai passam a ser exercidos de forma mais equânime em relação àqueles tempos passados. Propicia-se, então, um maior equilíbrio de autoridade para as relações familiares. Valoriza-se, ainda mais, a afetividade como fundamento inicial de uma convivência condigna. E, assim, essas teorias desiguais que faziam parte das sociedades antigas entram em total descompasso com a contemporaneidade.

Até pouco tempo atrás, nos casos de divórcio, em cerca de oitenta por cento das situações, a mãe tinha a guarda dos filhos. Estes passavam a se submeter unicamente da autoridade da progenitora. Alguns ordenamentos jurídicos de países da Europa permitem que a autoridade parental seja partilhada. Na Bélgica, após o ano de 1995, já era permitido o exercício conjunto da autoridade parental.³⁰

Grande parte dos estudos feitos por pesquisadores do ramo do Direito da Família concentra-se nas consequências decorrentes da separação conjugal as quais os filhos estão submetidos. Por isso, a partir de agora, o foco da doutrina aqui exposta toma outro rumo. A preocupação não se volta para o casamento ou o seu fim, mas, à situação em que a criança irá permanecer em decorrência da instabilidade sofrida pela mudança das relações familiares.³¹

Já na sociedade comunista da ex União Soviética, a importância que a família tinha perante a sociedade foi praticamente excluída. Para eles, as submissões dos filhos aos pais e a subserviência da mulher ao marido significavam a expressão da exploração do “homem pelo homem”. No fundo do argumento, via-se na família uma entidade que se beneficiava e apoiava a propriedade privada. A entidade era, portanto, uma ameaça aos ideais do Estado. Posicionara-se, por isso, contrariamente a essa concentração de bens pela família e, conseqüentemente, à sua organização tradicional e a favor dos ideais da revolução comunista.³²

³⁰ CUTSEM, Chantal Van. *A Família Recompota: Entre o desafio e a incerteza*. . Trad. Cristina Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 164.

³¹ CUTSEM, Chantal Van. *A Família Recompota: Entre o desafio e a incerteza*. Trad. Cristina Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 164.

³² CUTSEM, Chantal Van. *A Família Recompota: Entre o desafio e a incerteza*. Trad. Cristina Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 164.

1.2 Construções teóricas do termo família, sua importância e inserção no contexto social

Sabe-se que a família é considerada por boa parte da doutrina, a mais antiga de todas as sociedades existentes e a única natural, pois é nela que os indivíduos crescem e se desenvolvem, tendo no início de suas vidas os pais como principais responsáveis, deprendendo-se deles depois do processo de independência, tal como elucida Rousseau³³:

A mais antiga de todas as sociedades, e a única natural, é a da família. As crianças apenas permanecem ligadas ao pai o tempo necessário que dele necessitam para a sua conservação. Assim que cesse tal necessidade dissolve-se o laço natural. As crianças, eximidas da obediência devida ao pai, o pai isento dos cuidados devidos aos filhos, reentram todos igualmente na independência. Se continuam a permanecer unidos, já não é naturalmente, mas voluntariamente, e a própria família se mantém por convenção. Esta liberdade comum é uma consequência da natureza do homem. Sua primeira lei consiste em proteger a própria conservação, seus primeiros cuidados os devidos a si mesmo, e tão logo se encontre o homem na idade da razão, sendo o único juiz dos meios apropriados à sua conservação, torna-se por si seu próprio senhor.

Pode-se observar que as crianças permanecem ligadas aos pais apenas o tempo necessário para que possam seguir a vida sozinha. São naturalmente responsáveis por todos os seus atos cometidos no curso das suas caminhadas. Isto claro, no que diz respeito à aquisição da capacidade absoluta, excluindo-se os casos convencionais de convivência após aquele período.

Teoreticamente, com ensinamentos de Alves³⁴ “entende-se que a família não é apenas uma instituição de origem biológica, mas, sobretudo, um organismo com nítidos caracteres culturais e sociais.” Portanto, imbricada na base estrutural de cada sociedade que se diz bem construída. Nesse entendimento, observa-se o que lecionam Almeida e Rodrigues Júnior³⁵ quando explicam que “a família é considerada a célula, a base fundamental da sociedade. Sua existência é, por isso, secular. Talvez, ela possa ser

³³ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>>. Acesso em: agosto-2014.

³⁴ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/26887/reconhecimento_legal_conceito_moderno.pdf?sequence=1> Acesso em: agosto-2014.

³⁵ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 21.

considerada uma das formações mais antigas.” Com isso, observamos a importância da família para construção da personalidade dos cidadãos, prevista claramente em grande parte dos ordenamentos jurídicos ocidentais, visto o valor que esta possui em face da formação de um indivíduo.

A família é considerada como o lar dos direitos humanos, devendo ser protegida e garantida por ser direito fundamental. O lar³⁶ é importante para a formação de qualquer indivíduo, devendo conter estruturas firmes e estáveis para uma boa formação de personalidade.

A autora Costa³⁷ aduz que “é necessário um local de convivência entre pais e filhos para que as funções paterna e materna possam ser exercidas. E este local de convivência é o que condicionamos chamar de família.” Sendo no seio familiar que o menor estrutura-se e prepara-se para seguir a vida.

Nesse mesmo entendimento, Renata e Rodrigues Júnior³⁸ expõem um conceito de família bem atual quando afirmam que: “a família atual se encontra *funcionalizada*, isto é, serve enquanto exerce função de mediar e sustentar a completa formação pessoal dos seus componentes.” Se ultrapassa esses limites ou não cumpre as suas obrigações, deixa de exercer o papel no qual lhe foi dado para realizar.

Aconselha-se evitar basearem-se apenas em conceitos rígidos e conservadores, tem que observar todas as mudanças em que a sociedade vem passando, bem como novas noções de conceitos sobre família usados no mundo contemporâneo.³⁹

Quando se pensa em família, as figuras que imediatamente se destacam em nossa mente são os pais e os filhos, contudo a diversidade de famílias existentes hoje em dia está aos poucos fazendo parte da vida dos cidadãos, tirando de mente aquele

³⁶ Em se tratando do lar, o doutrinador Barros expõe que: “Da família, o lar é o teto, cuja base é o afeto. Lar sem afeto desmorona. Por isso, na escala da fundamentalidade, no desdobramento dos direitos humanos da família, o direito ao afeto está entre os primeiros direitos operacionais da família.” BARROS, Sérgio Resende de. Estudo sobre Direitos Humanos da Família. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Ano 8. n. 15. Franca: Unifran, 2005. p. 247.

³⁷ COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do Autoritarismo ao Afeto. Como e a quem indenizá-lo? *Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul: Direito & Justiça*. v.1.n.1. Julho. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. p. 123.

³⁸ ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 21.

³⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Família no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 29.

antigo conceito de que só eram considerados famílias, apenas pai, mãe e filhos. E é esse o pensamento de Beatrice Marinho⁴⁰:

Realmente, quando se pensa em *família*, imediatamente vem à mente um pequeno grupo social, composto por um casal e seus filhos. Essa imagem é tão forte no imaginário, e se encontra tão presente nos mais diversos recantos desse mundo globalizado, que há a tendência de rejeitar ou ignorar qualquer outra forma de relação, inclusive desprestigiando outros vínculos que por ventura se formam com pessoa de fora desse quadro familiar.

Contudo, percebe-se que as mudanças na estrutura familiar não afastaram da família a força jurídica que sempre possuiu.⁴¹ O direito de família renova-se de acordo com a sua evolução.⁴²

Em uma linguagem jurídica ressalta-se o conceito de família para Carletti⁴³:

Familia na linguagem jurídica tem outrossim o significado objetivo, isto é, indica não somente complexo de pessoas, mas também de coisas; neste último sentido entende-se como complexo hereditário; fala-se então de *actio familiae erciscundae*, de *familiae emptor*, etc. no sentido de divisão e de adquirente da herança.

Com base nos estudos das relações de família, Paulo Nader⁴⁴ afirma que: “família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum.”

O homem não deve viver isolado na sociedade, e a sua sociabilidade é indispensável para a perpetuação da espécie humana.⁴⁵ Por isso, o homem não deve

⁴⁰ PAULO, Beatrice Marinho. Em Busca do Conceito de Família: Desafio da Contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 0. Outubro- novembro. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 34.

⁴¹ SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 25.

⁴² SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 24.

⁴³ CARLETTI, Almilcare. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 2000. p. 173.

⁴⁴ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 5. p. 03.

⁴⁵ QUEIROGA, Antônio Elias de. *Curso de Direito Civil. Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1.

viver sozinho, sendo ele um animal gregário e a família uma criação natural que a sociedade sempre teve a necessidade de moldar.⁴⁶

A desagregação do ente familiar implica em um conseqüente desaparecimento da sociedade, por isso a preocupação dos Estados quanto à manutenção e conservação da família e da sociedade, vista como grupos humanos que se destinam a vida humanitária, bem como o suprimento de necessidades vitais de seus membros.⁴⁷

A Declaração Universal dos Direitos do Homem⁴⁸ em seu artigo XVI- 3, reconhece o vínculo entre a família e a sua devida proteção, quando expõe que: “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”⁴⁹

Outros autores entendem que a família não é mais uma célula do Estado, como se fosse elemento constitutivo deste, mas sim, uma célula da sociedade.⁵⁰ Aqui, nota-se a importância de uma família bem estruturada para todas as presentes e futuras gerações.

⁴⁶ QUEIROGA, Antônio Elias de. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1.

⁴⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Família no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 16.

⁴⁸ ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm>>. Acesso em: agosto-2014.

⁴⁹ Fazendo referência à família e com entendimentos semelhantes, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, destaca em seu artigo 15- 1 que: “A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pelo Estado, que deverá velar pelo melhoramento de sua situação moral e material.” OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-52.htm>>. Acesso em: agosto-2014.

⁵⁰ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos Constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 282.

1.3 Do poder paternal às responsabilidades parentais: degraus que foram construídos ao longo dos tempos/mutações incompletas

Em Portugal, por força da lei 61/2008, de 31 de outubro, a expressão “poder paternal” deixa de ser usada. Passa-se a utilizar a elocução ‘responsabilidades parentais’,⁵¹ para tratar das relações entre pais e filhos.

São vários os doutrinadores portugueses que estão de acordo com a alteração, tendo em vista que a palavra “poder” significa domínio, posse e hierarquia. E ainda há de se observar que, conforme a Constituição da República Portuguesa e o Código Civil, as relações desenvolvidas no seio familiar têm de ser essencialmente participativas e democráticas, mantendo seus fundamentos com base na igualdade entre os progenitores e numa contínua colaboração entre as partes envolvidas na sua convivência.⁵²

Após a enunciação Universal dos direitos das crianças⁵³ da ONU, do ano de 1959, um marco de proteção ao menor foi evidenciado, sendo destacado por sua proteção integral. A criança deixa de ser tratada como um objeto de direito, passando a condição de sujeito de direito, e com isso adquirindo conquistas importantes no ocidente.⁵⁴

Outra parte da doutrina entende que a criança, além de ser um sujeito de direitos, é também titular de todos os direitos humanos – que têm por fundamento a dignidade da

⁵¹ Assim, Rodrigues aduz: “A expressão ‘responsabilidades parentais’ parece-nos ser perfeitamente adequada, pois sugere que pai e mãe devem cuidar do seu filho tendo a responsabilidade de zelar pela segurança, saúde e educação dos menores bem como representa-los e administrar os seus bens, e devem desempenhar tais funções no interesse dos filhos, conforme o preceituado no art. 1878.º. Existia outra expressão igualmente adequada: “cuidado parental”. No entanto, a expressão responsabilidades parentais tem a virtude de colocar a nossa ordem jurídica em consonância com instrumentos de direito internacional, designadamente a Recomendação n. R (84) 4 do Conselho da Europa sobre as Responsabilidades Parentais.” RODRIGUES, Hugo Manuel Leite. *Questões de particular importância nas responsabilidades parentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 26.

⁵² SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 20.

⁵³ Sobre esse assunto vide: PINHEIRO, José Duarte. As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012. p. 511 e ss.

⁵⁴ VILELA, Lucas Souza. A Constituição Federal e a Criança e o Adolescente Infrator. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29920/a-constituicao-federal-e-a-crianca-e-o-adolescente-infrator>>. Acesso em: dezembro-2013. Seguindo a mesma linha de entendimento, Martins leciona que “o reconhecimento da criança como sujeito de direito provocou uma mudança da sua posição dentro da família que modificou o entendimento da relação pais- filhos menores de idade.” MARTINS, Rosa. : *Revista Portuguesa de Direito da Família: Lex Familia*. Responsabilidades parentais no século XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 5. n. 10. Julho-dezembro- 2008. p. 35.

pessoa humana – e ainda de outros direitos específicos que são decorrentes de sua condição em seu pleno desenvolvimento, tendo em vista não adquirir, de uma só vez, todas as capacidades necessárias para que se possa pensar, agir e decidir sozinha. Enquanto não chega lá, a criança vai, ao longo dos tempos, adquirindo aptidões físicas e psíquicas para que, com isso, possa tomar suas próprias decisões e seguir o seu caminho sozinho.⁵⁵

Em razão da pouca experiência, maturidade e idade,⁵⁶ o incapaz não deve ser mantido distante do convívio social, para que, no futuro, isso não lhe traga problemas de convivência e de relacionamento com outras pessoas que não sejam os seus genitores e familiares. E para que essa inclusão do incapaz na sociedade aconteça de forma mais tranquila, já que possui pouca maturidade, a lei é responsável por proteger terceiros de possíveis danos que o incapaz venha a causar.⁵⁷

O suprimento, pelos pais, da incapacidade negocial dos filhos menores é conceituado pela doutrina como responsabilidade parental. Destina-se à realização das atividades jurídicas e negociais da vida civil do menor pelos seus responsáveis.⁵⁸

Diante da igualdade entre homem e mulher, estabelecida no ordenamento jurídico português, observa-se que o termo pátrio poder⁵⁹ está em desuso, pois a expressão remonta a uma ideia de cometimento de abuso do pai perante a esposa e os filhos.⁶⁰ Alterou-se, portanto, para não haver dúvidas quanto à posição da mulher na direção da sociedade conjugal, que hoje é exercida por ambos os progenitores, sempre no melhor interesse dos filhos e do casal.⁶¹ Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves conceitua poder familiar como “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no

⁵⁵ RIBEIRO, Alcina Costa. *Autonomia da Criança no Tempo de Criança*. Estudos em Homenagem a Rui Epifânio. Coimbra: Almedina, 2010.p. 12.

⁵⁶ Ou, por exemplo, decorrente de alguma doença.

⁵⁷ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade Civil do Incapaz*: Busca pela Harmonização do sistema. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Ano XI, n. 10. Junho- Julho-2009. p. 85.

⁵⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 17.

⁵⁹ O código civil brasileiro de 1916 trazia em seu texto a expressão “pátrio poder”, entretanto o legislador ordinário do novo diploma legal, vigente desde 2002, optou por não mais utilizá-lo sendo acolhida a ideia de Miguel Reale, a qual foi proposta pelo Senado Federal nos termos da Resolução 01/2000, relatada pelo voto do Deputado Ricardo Fiúza, a modificação daquele termo para “poder familiar”. COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 53-54.

⁶⁰ COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 54.

⁶¹ COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 53.

tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. Não tendo mais o caráter absoluto de que se revestia no direito romano.”⁶²

Já no século XVII, Locke⁶³ sugere a mudança da terminologia do termo pátrio poder, em razão da sua negativa capacidade de induzir os homens ao erro, já que parecia atribuir poderes apenas para o pai, excluindo a figura materna de seu exercício como se não tivesse parte desse poder.

A *patria potestas* teve sua origem em Roma, onde a autoridade do pai era a prevalente e respeitada por todos os membros constituintes da entidade familiar, mas, como se vê, a denominação pátrio poder passou por um processo de evolução em vários códigos civis, sendo denominada, por conseguinte, de poder familiar. Em Portugal, essa mudança evidenciou um avanço ainda mais significativo, pois a expressão foi convertida na terminologia responsabilidade parental, dotada de uma carga axiológica isonômica quando se fala em exercício da autoridade dos genitores ou responsáveis em relação ao menor.⁶⁴

No âmbito do poder familiar é necessário observar algumas características marcantes, uma vez que este poder-dever é de extrema importância para o desenvolvimento do menor, sem ele, o menor não teria as instruções e as experiências de como se viver. Sem falar que esse poder é irrenunciável, indelegável, imprescritível, diferentemente do instituto da tutela. E é por meio desse poder-dever que os responsáveis mantêm os filhos em sua companhia, para que haja possibilidade de protegê-los e educá-los, no presente e no futuro.

O *patria potestas*, na clássica civilização romana, expressava um poder incontestável do chefe de família. No mundo moderno, traduz-se como uma autoridade protetora da prole. Atualmente, o ordenamento protege as crianças e os adolescentes, reconhecendo-os como sujeitos de direitos e obrigações.

Quando se trata dos filhos menores não emancipados, o artigo 1.634 do Código Civil brasileiro estabelece direitos e estipula deveres para os pais, nos termos que se seguem:

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 128.

⁶³ LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 43.

⁶⁴ COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 54.

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
IV - 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;
V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Com isso, é sabido que o processo⁶⁵ de evolução⁶⁶ não teve apenas a intenção de criar uma nova ‘figura jurídica’⁶⁷, tampouco tencionou substituir uma terminologia pela outra. Houve, verdadeiramente, um progresso semântico da expressão e do conteúdo de seu significado.

É necessário que se tenha cautela ao conceituar o verdadeiro sentido da figura do poder familiar, de maneira que não se confunda a expressão com a terminologia pátrio poder.⁶⁸ Ambas as denominações possuem significados de utilização em diferentes momentos, o que elucida o contexto evolutivo de utilização de uma em relação à outra.

69

A superação de uso do termo ‘pátrio poder’ veio afastar o sentido original da exacerbação de poder paterno em relação aos demais integrantes da família. A nova terminologia utilizada – responsabilidade parental⁷⁰ – expressa um sentido construtivo

⁶⁵ Rita Xavier acredita que estamos evoluindo no que toca as responsabilidades parentais. *Vide* em: XAVIER, Rita Lobo. *Responsabilidades Parentais no Século XXI*. Le Familiae. Ano 5. n. 10, 2008. p. 17.

⁶⁶ Ainda sobre a evolução, para Perin: “A evolução da sociedade civil no curso do século XX, em especial após a Segunda Guerra Mundial, conduziu alguns juristas a afirmar que a vinculação do poder concedido aos pais em função dos deveres éticos existentes para com os filhos também passou a ser uma vinculação jurídica. Desse modo, a mudança da terminologia de pátrio poder para poder familiar representa não apenas a busca da equalização dos pais quanto à titularidade e ao exercício do poder familiar, mas também a tentativa de suprimir o ranço autoritário diante da consideração dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.” PERIN, Vanessa. *O Poder Familiar*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-poder-familiar/68575/>>. Acesso em: maio-2013.

⁶⁷ COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 54.

⁶⁸ COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 55.

⁶⁹ RODRIGUES, Hugo Manuel Leite. *Questões de particular importância nas responsabilidades parentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 26.

⁷⁰ “A expressão ‘responsabilidades parentais’ parece-nos ser perfeitamente adequada, pois sugere que pai e mãe devem cuidar do seu filho tendo a responsabilidade de zelar pela segurança, saúde e educação dos menores bem como representa-los e administrar os seus bens, e devem desempenhar tais funções no interesse dos filhos, conforme o preceituado no art. 1878.º. Existia outra expressão igualmente adequada: “cuidado parental”. No entanto, a expressão responsabilidades parentais tem a virtude de colocar a nossa ordem jurídica em consonância com instrumentos de direito internacional, designadamente a

do Direito, no sentido de se proteger tanto os direitos individuais da mulher quanto da criança e do adolescente.⁷¹ Apesar disso, Comel⁷² entende que o termo mais adequado para ser usado nas relações familiares é autoridade parental, hoje utilizado nos ordenamentos jurídicos da França, Angola e Moçambique. Assim, mais adiante a doutrinadora⁷³ afirma que, embora a expressão pátrio poder seja a mais eleita pelos legisladores, a mesma “não parece ser a mais apropriada”⁷⁴ a ser usada.

Parece que a expressão ‘autoridade’ pode ser observada em um sentido mais ameno em relação à elocução ‘poder familiar’, pois, à primeira vista, a palavra ‘poder’ tem um caráter impositivo, já que está relacionada ao sentido de decidir os rumos da família. E a locução ‘autoridade’ diz respeito à forma de controle baseado no poder atribuído a determinadas posições ou cargos.

Desse modo, o conceito do termo ‘autoridade’⁷⁵ parece expressar mais adequadamente a sua função nas relações privadas, objetivando o melhor interesse da formação do menor. Enquanto que o termo parental diz respeito a pai e mãe, no sentido

Recomendação n. R (84) 4 do Conselho da Europa sobre as Responsabilidades Parentais.” RODRIGUES, Hugo Manuel Leite. *Questões de particular importância nas responsabilidades parentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 26.

⁷¹ SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do Pátrio Poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 55.

⁷² COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 58. “... ainda que louvável a intenção de se modificar a designação, como que para traçar um marco entre o modelo original do pátrio poder a concepção atual, o termo que parecia mais adequado não seria *poder familiar*, e sim *autoridade parental*.”

⁷³ Sobre o instituto familiar, observa-se o seguinte entendimento: “Se a intenção era adequar a terminologia do instituto à concepção de igualdade entre os pais, o termo *poder* é inadequado por não expressar a real espécie de relação que a lei pretende seja estabelecida entre eles e os filhos menores. Além disso, a expressão *familiar*, a toda evidência, dá a nítida idéia de que o encargo (ou o poder no caso) não é somente dos pais, senão da *família*, donde se poderia até pensar que também os avós, ou até mesmo os irmãos, estariam investidos na função.” COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 59.

⁷⁴ COMEL, Denise Damo. *Do Poder Familiar*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 59.

⁷⁵ Com Entendimento contrário, vejamos o que aduz Santos Neto: “A denominação “pátrio poder” é tradicional, consagrada e universalmente aceita. A ela vem atrelado expressivo cabedal doutrinário amalhado ao longo do tempo. E vale notar que até o seu anacronismo aparente tem algum interesse prático, pois vem levando, e está claro que sempre levará todos aqueles que se aprofundam no estudo da matéria a sublinhar a evolução conceitual, de modo a deixar claro que todo o conteúdo autocrático que a fórmula tradicional possa aparentar conter já perdeu sua razão de ser. Não há motivo, em nosso entender, para alterar algo que a tradição de nosso Direito já sancionou sobejamente e que tem se prestado de maneira satisfatória e clara para distinguir o instituto ora estudado. Ademais, a palavra “poder”, que muitos preferem evitar, não padece da impropriedade que não raro se lhe atribui, uma vez que serve para exprimir a subordinação dos filhos em relação aos pais que, mesmo no Direito atual, não deixou de existir, já que é pressuposto para que os genitores possam exercer na plenitude a sua função educativa e protetiva.” SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do Pátrio Poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 56.

que ambos possuam os mesmos direitos e obrigações em face dos filhos, e não destacando apenas a figura paterna como o termo ‘pátrio’ expressa.

Observa-se que o termo ‘familiar’ é compreendido como um poder atribuído a todos os integrantes da família em geral, mas não é esse o sentido apropriado para ser utilizado quando se trata exclusivamente dos responsáveis e dos filhos com enfoque nos direitos e obrigações dos primeiros para com os menores.

Alguns autores entendem que essa expressão estava em total desconformidade com a evolução da realidade social e jurídica portuguesa. Entretanto, a duplicidade de termos continua sendo vista nos diplomas legais. Ao mesmo tempo em que afasta a expressão poder paternal, o mesmo termo continua sendo utilizado, pode-se observar no próprio artigo 124 do Código Civil Português.⁷⁶

Com a diminuição de proteção e uma conseqüente promoção da autonomia do menor, é criado espaços cada vez mais amplos de autodeterminação, o que vem a ocasionar uma redução da extensão dos poderes-deveres com relação aos filhos, um fator natural que vai evoluindo na medida em que a criança vai se desenvolvendo.⁷⁷

No direito francês⁷⁸, o legislador optou pela expressão ‘autoridade parental’⁷⁹ como substituta do termo ‘poder familiar’⁸⁰, fundamentando-se em uma perspectiva do melhor interesse do menor. Neste contexto, no artigo 372 do Código Civil francês, pai e mãe têm autoridade de forma igualitária em relação aos filhos.⁸¹

No Brasil, embora as novas adequações tenham, gradativamente, ganhado espaço na doutrina no final do século XX, foi com promulgação da Constituição da República Federativa de 1988 que formalmente foi estabelecida a igualdade entre cônjuges e suas autoridades perante os filhos, bem como a prioridade dos melhores interesses da criança e do adolescente, além de se ter reconhecido, nas entrelinhas,

⁷⁶ ARTIGO 124º (Suprimento da incapacidade dos menores) A incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela, conforme se dispõe nos lugares respectivos.

⁷⁷ MARTINS, Rosa. *Menoridade, Incapacidade e Cuidado Parental*. Centro de Direito da Família. n. 13, setembro-2008. Coimbra: Coimbra Editora. p. 229.

⁷⁸ Neste mesmo entendimento, vide o que o autor Carlos Roberto Gonçalves afirma sobre as legislações francesa e norte-americana: “Algumas legislações estrangeiras, como a francesa e a norte-americana, optaram por “autoridade parental”, tendo em vista que o conceito de autoridade traduz melhor o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo, e não em coação física ou psíquica, inerente ao poder.” GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 128.

⁷⁹ l'autorité parentale.

⁸⁰ Puissance paternelle.

⁸¹ FRANÇA. Code Civil. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: junho-2014. Texto original. Art. 372. Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale.

possibilidades de formação de famílias não fundadas no casamento, às quais também demandavam proteção do Estado.⁸²

Em Portugal, os princípios que, de início, serviram como base ao legislador de 1966⁸³ eram compostos por um modelo em que a autoridade era tida pela figura do marido como chefe de família e que os filhos o deviam total obediência. A reforma de 1977 revogou esses princípios norteadores, mas deixou inalterado o texto presente no art. 491.º da lei civil portuguesa.⁸⁴ Por isso que esta disposição não se adapta ao estatuto dos adolescentes com idade próxima da maioridade.

Uma peculiaridade do exercício do poder familiar consiste no seu caráter temporal. Os filhos só permanecem sob a autoridade e proteção dos progenitores até se emanciparem ou atingirem a maioridade civil. Esta, como se sabe, provoca o fim da incapacidade.

1.4 Promoção da autonomia e independência dos filhos em alguns países europeus (Portugal, Espanha, França, Itália, Alemanha e Reino Unido)

As responsabilidades parentais não representam apenas um meio de proteção, mas também possuem uma finalidade de promoção da autonomia⁸⁵ dos filhos, não podendo os genitores agir apenas em função de seus próprios interesses, deixando de lado a participação dos filhos em assuntos que lhe dizem respeito.⁸⁶

Os pais devem estimular a participação ativa do filho de acordo com a sua idade e maturidade, com pensamento no seu próprio interesse. Assim, permitem que o menor

⁸² ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O Conceito de Família e suas Implicações Jurídicas: teoria sociojurídica do direito de família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 1.

⁸³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 409-10.

⁸⁴ ARTIGO 491º (Responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem) “As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido.”

⁸⁵ “Na era da criança, em que a sociedade começa gradualmente a formar consciência dos maus tratos e abusos cometidos pelos pais contra as crianças, são os direitos destas que devem ser acentuados e valorizados como direitos, liberdades e garantias de natureza análoga (arts. 16.º e 17.º da CRP) e não os direitos dos pais, que assumem a natureza de responsabilidades perante as crianças.” SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 22.

⁸⁶ MARTINS, Rosa. *Revista Portuguesa de Direito da Família: Lex Familiae*. Responsabilidades parentais no século XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 5- n. 10. Julho-dezembro- 2008. p. 38.

esteja ciente de tudo que esteja acontecendo em sua vida e possa fornecer opiniões em assuntos relacionados à família e que lhe dizem respeito.⁸⁷

A respeito da maioridade, reconhecida por ser natural e, ao mesmo tempo, decorrente de lei, Kant⁸⁸ ensina que:

Os filhos de uma casa, que juntamente com seus pais formam uma família, alcançam sua maioridade (*maiores*) sem qualquer contrato, que os desligue de sua anterior dependência, meramente pela consecução da capacidade de sustentar a si mesmos (o que acontece em parte como uma chegada natural à maioridade pelo curso geral da natureza, em parte pela adaptação de suas qualidades naturais particulares).⁸⁹

Novos papéis, tanto do lado dos pais como do lado dos menores incapazes, têm sido construídos nas relações familiares, principalmente no que tange a participação ativa dos filhos em assuntos que dizem respeito a si e à condução de sua própria vida.⁹⁰

A função protetiva – relativa aos primeiros tempos de vida da criança –, vai perdendo força quando o filho vai crescendo e apresentando um desenvolvimento cada vez maior da sua maturidade. Na função de promoção da autonomia ocorre o inverso, pois, com o passar do tempo, é intensificada com o crescimento do menor. Desta forma,

⁸⁷ MARTINS, Rosa. *Revista Portuguesa de Direito da Família*. Lex Familia. Responsabilidades parentais no século XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 5- n. 10. Julho-dezembro-2008. p. 38.

⁸⁸ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes: A doutrina do direito e a doutrina da virtude*. Trad. Edson Bini. 1.ed. São Paulo: Edipro, 2003. p. 126-127.

⁸⁹ Pode-se dizer também que: “Em outras palavras, eles se tornam seus próprios senhores (*sui iures*) e adquirem este direito sem qualquer ato especial que o estabeleça e, assim, meramente por lei (*lege*). Tal como eles não se encontram em débito com seus pais pela educação que receberam, os pais se encontram liberados, do mesmo modo, de sua obrigação com seus filhos, e tanto filhos quanto pais adquirem ou readquirem sua liberdade natural. A sociedade doméstica que se fez necessária de acordo com a lei está agora dissolvida. Ambas as partes podem agora manter o que é realmente o mesmo lar, porém mediante uma forma diversa de obrigação, nomeadamente, como a conexão do chefe do lar com os criados (criados ou criadas da casa). O que eles mantêm é a mesma sociedade doméstica, mas se trata agora de uma sociedade submetida ao chefe do lar (*societas herilis*), formada por um contrato mediante o qual o chefe do lar estabelece uma sociedade doméstica com os filhos, com outras pessoas livres (membros da comunidade doméstica). Esta seria uma sociedade de desiguais (uma parte estando no comando ou sendo sua governante, a outra obedecendo, isto é, servindo) (*imperantes et subiecti domestici*).” KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes: A doutrina do direito e a doutrina da virtude*. Trad. Edson Bini. 1.ed. São Paulo: Edipro, 2003. p. 126-127.

⁹⁰ MARTINS, Rosa Cândido. *Revista Portuguesa de Direito da Família: Lex Familia*. Responsabilidades parentais no século XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. Coimbra: Coimbra Editora. n. 1. Janeiro- julho-2004. p. 65.

o apoio dos pais na vida dos filhos vai se tornando cada vez mais útil, na medida em que vão crescendo e se desenvolvendo como seres humanos.⁹¹

Sobre a paternidade e a maternidade dos menores que estão em amadurecimento, insta destacar que os responsáveis devem protegê-los até que atinjam maturidade suficiente para tomar decisões e assumir responsabilidades.⁹²

Pela fragilidade decorrente da menoridade, a criança e o adolescente são juridicamente incapazes de exercer alguns direitos. Surge, então, a necessidade dos seus responsáveis defenderem os interesses dos menores, interagindo assim, os pais, com os interesses dos filhos e, acima de tudo, impondo limites necessários para uma boa formação e educação.

Podemos considerar a fase da infância e pré-adolescência um período que merece dos pais uma atuação totalmente direta em face dos filhos, pois é nessa parte da vida, principalmente, que os filhos precisam ser bastante orientados acerca de questões da sua vida quotidiana, quer sejam situações mais simples às de mais alta complexidade.⁹³

Já na fase da adolescência, tudo se torna diferente, pois não deve se ter uma atuação direta e sim de controle, apoio e aconselhamento sobre o menor, visto que o grau de desenvolvimento se torna mais hábil.⁹⁴

O Código Civil de Portugal, em seu artigo 1.878, nº 2, consagra que os genitores devem observar e levar em consideração a opinião do filho em assuntos familiares, de maneira a propiciar-lhes autonomia na direção da própria vida. O menor, em compensação, terá o dever de obedecer aos pais.

⁹¹ MARTINS, Rosa. *Revista Portuguesa de Direito da Família: Lex Familiae*. Responsabilidades parentais no século XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 5- n. 10. julho-dezembro- 2008. p. 37.

⁹² LÔBO, Paulo. Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 0. Outubro- novembro. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 14. Vide: A paternidade e a maternidade lidam com seres em desenvolvimento que se tornarão pessoas humanas em plenitude, exigentes de formação até quando atinjam autonomia e possam assumir responsabilidades próprias, em constante devir.” LÔBO, Paulo. Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 0. Outubro-novembro. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. P. 14.

⁹³ MARTINS, Rosa. *Menoridade, Incapacidade e Cuidado Parental*. Centro de Direito da Família. n. 13, setembro-2008. Coimbra: Coimbra Editora. p.230-1.

⁹⁴ MARTINS, Rosa. *Menoridade, Incapacidade e Cuidado Parental*. Centro de Direito da Família. n. 13, setembro-2008. Coimbra: Coimbra Editora. p.230-1.

A lei também reconhece que a relação de filiação entre pais e filhos deve respeitar os interesses de ambos, observando-se toda a estrutura de deveres recíprocos de auxílio, assistência e respeito.

Em contrapartida, deve-se levar em consideração a autonomia dos filhos, uma vez que estes nem sempre representarão um mero prolongamento da vida dos seus pais. Devem também ser respeitados e considerados pessoas diferentes dos progenitores, pois ninguém é igual a nenhuma outra pessoa. É com base nisso que alguns estudiosos defendem ‘o direito da criança ser ela própria’ e ‘o direito à diferença contra homogeneização de modelos seguidos por famílias’, pois caso sejam impostos padrões de condutas inflexíveis à prole, corre-se riscos de se prejudicar o desenvolvimento da sua personalidade e do seu espírito crítico.⁹⁵

No art. 154 do Código Civil espanhol, a autoridade parental é exercida sempre na busca do melhor interesse da criança em desenvolvimento, e, sempre que preciso, a pessoa que a exerce poderá buscar ajuda à autoridade competente para solução de conflitos inerentes à família. Veja-se, pois, literalmente, o dispositivo:⁹⁶

Os filhos não emancipados estão sob os cuidados dos pais. A autoridade parental deve ser sempre exercida em benefício das crianças, de acordo com a sua personalidade, e com respeito à sua integridade física e psicológica. Esse poder inclui as seguintes funções e competências: primeiro assegurar-lhes, fazer companhia, alimentá-los, educá-los e assegurar seu pleno desenvolvimento. 2 Para representar e gerenciar seus bens. Se as crianças têm juízo suficiente deve ser sempre ouvido antes de decisões que os afectam. Os pais podem, no exercício de seu poder, procurar a ajuda das autoridades.

A legislação Civil italiana, em seu art. 147, impõe aos pais a obrigação de manutenção, de instrução e de educação do menor, levando-se em consideração a capacidade, as inclinações naturais e as aspirações dos filhos.⁹⁷

⁹⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 19.

⁹⁶ Texto Original: Artículo 154. “Los hijos no emancipados están bajo la potestad de los padres. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica. Esta potestad comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad.” ESPAÑA. Generalitat de Catalunya: Departament de Justícia. Código Civil. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T7.htm>>. Acesso em: dezembro-2013.

⁹⁷ Art. 147. “Il matrimonio impone ad ambedue i coniugi l'obbligo di mantenere, istruire ed educare la prole tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli.” ITALIA.

Por sua vez, o Código Civil francês,⁹⁸ em seu artigo 371, n. 1º, consagra que: “os pais envolvem as crianças em decisões que os afetam, de acordo com sua idade e maturidade.”⁹⁹ (Tradução livre) Desta forma, evidencia-se uma maneira bem específica de tratar os menores, sempre respeitando as suas opiniões, mas levando em consideração a sua idade e o nível de maturidade que demonstram ter.

No direito Alemão, o *Bürgerliches Gesetzbuch* possui uma disposição de conteúdo semelhante, pois os pais têm o dever e o direito de cuidar dos filhos por meio do poder paternal, e a capacidade de crescimento da criança é de inteira responsabilidade dos mesmos, sempre tentando manter o consenso nas decisões que envolvam os filhos.¹⁰⁰

No Reino Unido, o *Children Act* de 1989, em seu art. 3º, (1), expressa que a responsabilidade parental significa todos os direitos, deveres, poderes, responsabilidades e autoridade que por lei são exercidos pelos pais em face dos filhos.¹⁰¹

Consoante às disposições legais dos países acima citados, pode-se observar a preocupação comum no que tange a evolução da autonomia e da liberdade em respeito

Costituzione Della Republica Trattati Comunitari Altalex. *Codice Civile Italiano*. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib1.htm>. Acesso em: dezembro-2013.

⁹⁸ Tradução Original: Article 371-1. “Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.”

⁹⁹ Article 371-1. “Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité.” FRANCE. Legifrance- La Service Public de la Diffusion du Droit: Code Civil. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte= LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: dezembro-2013.

¹⁰⁰ Seção 2, título 5. § 1626 “Art. (1) Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge). (2) Bei der Pflege und Erziehung berücksichtigen die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln. Sie besprechen mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge und streben Einvernehmen an. (3) Zum Wohl des Kindes gehört in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen. Gleiches gilt für den Umgang mit anderen Personen, zu denen das Kind Bindungen besitzt, wenn ihre Aufrechterhaltung für seine Entwicklung förderlich ist.” DEUTSCHLAND. Bundesministerium der Justiz. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>>. Acesso em: dezembro-2013.

¹⁰¹ Art. 3 (1). “In this Act ‘parental responsibility’ means all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property.” UNITED KINGDOM. The National Archives: Children Act. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>>. Acesso em: dezembro- 2013.

ao pleno desenvolvimento da personalidade na vida dos filhos menores. Entretanto, essas liberdades não são absolutas. Possuem, portanto, limitações.¹⁰²

Resta claro que o respeito às opiniões e as escolhas ¹⁰³dos menores sobre assuntos ligados às suas vidas terá sempre que ser bem analisado, pois, em regra, ainda não existe nessa fase uma forma de pensar consciente dos riscos futuros de suas ações, pois seus pensamentos são mais dominados pelo ímpeto das emoções que pela razão.

A autonomia que é reconhecida à criança não pode ser estabelecida de maneira que o individualismo tome conta de grande parte de sua rotina, pois a presença dos pais é essencial para lhes orientar e mostrar o caminho mais adequado a seguir para a vida adulta.¹⁰⁴

¹⁰² Sobre liberdades e limitações, veja: “Algumas delas não se aplicam à criança como as liberdades de iniciativa econômica, de comércio e de contrato, nem as de escolha de trabalho, ofício e profissão, porque seu exercício requer condições de capacidade que ela não possui, dado que lhe falta o discernimento adequado para determinar-se convenientemente em face do objeto da escolha.” SILVA, José Afonso da. *Direitos Humanos da Criança. Revista Trimestral de Direito Público*. n. 26. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 8.

¹⁰³ Com entendimento semelhante, vide: “de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida” OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de Direito da Família*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 219.

¹⁰⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 19.

CAPÍTULO 2 – REGIME JURÍDICO DAS REPONSABILIDADES PARENTAIS

2.1 As recentes alterações do regime jurídico das responsabilidades parentais

O dispositivo do art. 3.º, da lei n.º 61/2008, substitui a designação ‘poder paternal’ por ‘responsabilidades parentais’. A positivação estabelece que os menores de dezoito anos¹⁰⁵ são titulares de direitos e que há responsabilidade dos progenitores para com os menores, em razão destes não terem capacidade para o seu exercício.¹⁰⁶

A expressão inicialmente usada para identificar essa relação dá-se o nome de ‘poder paternal’, a qual traz consigo a ideia de domínio ilimitado do pai sobre o filho, deixando de expressar clareza na sua natureza jurídica e deixando muitas lacunas no que diz respeito à funcionalização das atividades realizadas pelos pais em função dos seus filhos menores. Até mesmo com relação à igualdade de deveres entre os progenitores, a expressão ora citada parece atingir uma imprecisão terminológica.¹⁰⁷

Dessa forma, as primeiras modificações substituíram a expressão ‘poder paternal’ pela elocução ‘responsabilidades parentais’, em razão de se adequar a formalidade jurídica à aplicabilidade prática das atuais demandas sociais. Dessa forma, pode-se verificar as causas de sua alteração:

- a) A criança deixa de ser mero objeto e passa a ser titular de direitos-deveres;
- b) A criança como titular de uma autonomia progressiva, reconhecida em função do desenvolvimento das suas capacidades, da sua idade e da sua maturidade (artigos 5.º, 12.º e 14.º, n.º 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança);
- c) O exercício dos poderes que integram as responsabilidades parentais;
- d) A igualdade de direitos e de deveres de ambos os pais relativamente ao exercício parental e ao património dos filhos menores;

¹⁰⁵ Hoje, a lei já não estabelece uma idade mínima para o direito do filho a ser ouvido. O tribunal levará em conta a sua opinião conforme a sua ‘maturidade’ e ‘autonomia’. Antes, a criança só era ouvida se fosse maior de catorze anos de idade. XAVIER, Rita Lobo. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 64.

¹⁰⁶ XAVIER, Rita Lobo. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 63.

¹⁰⁷ MARTINS, Rosa. *Menoridade, Incapacidade e Cuidado Parental*. Centro de Direito da Família. n. 13, setembro-2008. Coimbra: Coimbra Editora. p. 225-6.

e) A co-responsabilidade de ambos os pais no que concerne a sua educação, seu bom desenvolvimento e seu bem-estar.¹⁰⁸

A conceituação da elocução ‘responsabilidades parentais’ foi inspirada pela Recomendação n.º R (84) sobre as Responsabilidades Parentais, de 28 de fevereiro de 1984, aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa. Ela, por sua vez, preconiza o significado das ‘responsabilidades parentais’ como mais rigoroso e mais adequado a uma evolução da realidade social e jurídica dos Estados europeus, conceituando-as como “o conjunto dos poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar.”¹⁰⁹

Algumas das alterações¹¹⁰ pertinentes em relação à matéria podem ser observadas nos artigos 1905.º e 1906.º, do Código Civil português.¹¹¹ O artigo 1905.º

¹⁰⁸ Dos tópicos: a) até f). FIALHO, Antônio José. Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/GuiaDivorcioRespParent_v103.pdf>. Acesso em: junho-2014.

¹⁰⁹ FIALHO, Antônio José. Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/GuiaDivorcioRespParent_v103.pdf>. Acesso em: junho-2014.

¹¹⁰ “Contudo o art. 3.º da Lei 61/2008 não é isento de críticas. Esta norma altera para “responsabilidades parentais” a expressão “poder paternal” contida na secção II do capítulo II do título III do livro IV, bem como as epígrafes da secção II e da sua subsecção IV do capítulo II do título III do livro IV - a que se junta as alterações, no mesmo sentido, verificadas nos artigos cuja redação foi alterada pelo art. 1 e às normas aditadas pelo art. 2º, ambos da Lei 61/2008, bem como as alterações da redação de algumas disposições constantes de outros diplomas (cf. arts. 5º e 7º da Lei 61/2008 que alteram algumas normas do CRP e do CP, respectivamente).” Consequentemente impõe-se a pergunta: qual a intenção do legislador e o seu significado? Não se consegue perceber qual a intenção do legislador, talvez numa tentativa se ser demasiadamente específico, enumerar individualmente as alterações, o legislador não se tenha apercebido de que a expressão “poder paternal” consta de diversas normas de vários diplomas. Mas esta resposta não nos sossega. “Também se poderia entender que a intenção do legislador foi a de criar dois institutos-diferentes. Mas esta ideia parece-nos excluída logo à partida, isso porque o art. 1878º - que se refere ao conteúdo das responsabilidades parentais- adora a expressão ‘responsabilidades parentais’, por força do art. 3º, n. 2 da lei 61/2008, mas mantém o restante da sua redacção inalterado, além de que outras normas também essenciais para o desenho deste instituto permanecem inalteradas à excepção de adoptarem a designação ‘responsabilidades parentais’. RODRIGUES, Hugo Manuel Leite. *Questões de particular importância nas responsabilidades parentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 26 e ss.

¹¹¹ Como destaca Rita Lobo Xavier: “No contexto do casamento, no caso de desacordo dos progenitores sobre “questões de particular importância”, se for solicitada a intervenção do Tribunal, este deverá ouvir o filho antes de decidir, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselham (artigo 1901.º, n.º 3, do CC). O preceito anterior previa que o Tribunal ouvisse o filho maior de catorze anos. A lei deixa agora de estabelecer uma idade mínima para o direito do filho a ser ouvido, supondo-se que o Tribunal deverá ter em conta a sua opinião de acordo com a “maturidade” e “autonomia” exigidas para o assunto a decidir. Este preceito concilia-se com a consideração do menor de dezoito anos como titular de direitos, nomeadamente, de direitos de personalidade, e como pessoa em processo progressivo de desenvolvimento e autonomização.” XAVIER, Rita Lobo. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 63-4.

dispõe exclusivamente sobre os alimentos devidos aos filhos nos casos de ocorrência do divórcio, de separação, de nulidade ou de anulação do casamento. A obrigação deve ser regulada por acordo, – sujeito a homologação – que, caso esteja dentro dos parâmetros permitidos, será aprovado, ou, contrariamente, será recusado se não estiver condizente com o melhor interesse do menor, a parte mais afetada nessa relação.¹¹²

O artigo 1906.º trouxe mudanças concernentes ao exercício das responsabilidades parentais em casos de divórcio, separação, nulidade ou anulação do casamento. Alterações significativas foram introduzidas nesse âmbito, são elas:

- a) As alterações relativas à imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais no que diz respeito às ‘questões de particular importância para a vida do filho’, nos termos que vigoravam na constância do casamento, salvo nos casos de urgência manifesta (n.º1), a não ser que o tribunal decida fundamentadamente que tal é contrário ao interesse do filho (n.º 2).
- b) A distinção entre decisões relativas à ‘questões de particular importância para a vida do menor’ (n.º 1 e 2) e decisões relativas a ‘actos correntes da vida do menor’ (n.º3); definição das ‘orientações educativas mais relevantes’ pelo progenitor com quem o menor resida habitualmente (n.º3).
- c) O reforço da responsabilidade decisória do tribunal, sendo o acordo dos pais remetido para segundo plano no que diz respeito à determinação da residência do filho e aos direitos de visita (n.º5).
- d) A imposição ao progenitor que exerce as responsabilidades parentais, ou que actue sozinho, de um dever de prestar informações ao outro (n.º 1 e 6).
- f) A explicitação do critério de decisão do tribunal, no sentido do interesse do filho, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores e o de que as responsabilidades parentais sejam partilhadas (n.º 7).¹¹³

¹¹² XAVIER, Rita Lobo. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 64.

¹¹³ XAVIER, Rita Lobo. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 64-5.

De acordo com a interpretação de Rita Lobo Xavier, no caso de ocorrência de separação do casal, esses novos preceitos visam evitar o afastamento dos progenitores em relação aos filhos, pois, neste caso, seriam prejudicados o relacionamento afetivo e a segurança emocional pré-existentes entre o menor e o adulto que não detém a sua guarda.¹¹⁴ Nesse sentido, o principal objetivo dos preceitos é evitar o comprometimento do mais favorável desenvolvimento do menor.¹¹⁵

O caminho que aparentemente apresenta ser mais adequado ao bem estar do menor passa pelo comprometimento dos progenitores com o seu desenvolvimento, todavia, na prática, nem sempre isso acontece. Questões controversas no tocante a educação do menor e que os pais não conseguem chegar a um acordo não podem ficar apenas na livre disponibilidade dos progenitores. Ultrapassam o âmbito privado, pois são assuntos de interesse público.¹¹⁶ Essas convenções devem acontecer já na constância do casamento e não apenas quando há um rompimento conjugal.¹¹⁷

Quando se fala das primeiras alterações no que toca as responsabilidades parentais, pensa-se qual seria o conteúdo mais adequado para identificar a relação existente entre pais e filhos menores de idade. Na alteração de nomenclatura há de se levar sempre em consideração: a proteção dada aos filhos, a reciprocidade de afetos, bem como a promoção das suas faculdades físicas, intelectuais, morais, emocionais e sociais.¹¹⁸

¹¹⁴ XAVIER, Rita Lobo. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 65-6.

¹¹⁵ XAVIER, Rita Lobo. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 65.

¹¹⁶ XAVIER, Rita Lobo. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 65-6.

¹¹⁷ Vide o entendimento de Rita Lobo Xavier: “De qualquer modo, julgo que os Tribunais poderão continuar a orientar-se pelos critérios que vinham paulatinamente a ser concretizados com o auxílio da doutrina mais recente, designadamente, a permanência das vinculações afectivas, e a “figura parental de referência”. No contacto directo com os progenitores permitido pela “conferência de pais”, aproveitando o auxílio prestimoso dos relatórios sociais e avaliações psicológicas, poderão aperceber-se das situações que desaconselhem o acatamento da imposição legal, por exemplo situações de violência ou grande conflitualidade. Quanto à manifestação de uma vontade contrária por parte dos progenitores, penso que também pode continuar a ser tida em conta, muito embora tenha sido atribuído “carácter de interesse público” princípio do exercício conjunto das responsabilidades parentais.” XAVIER, Rita Lobo. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 65-6.

¹¹⁸ MARTINS, Rosa. *Menoridade, Incapacidade e Cuidado Parental*. Centro de Direito da Família. n. 13, setembro-2008. Coimbra: Coimbra Editora. p. 225-6.

2.2 Alterações legislativas sobre o regime das responsabilidades parentais de alguns ordenamentos jurídicos europeus

A lei civil portuguesa, mesmo após a dissolução conjugal, permite que os pais exerçam as responsabilidades parentais em conjunto, do mesmo modo que o faziam na constância do matrimônio. A maneira pela qual serão realizadas e divididas as tarefas acontecerá em função dos acordos realizados entre os progenitores, seguindo o exercício conjunto:

- a) Mediante acordo homologado pelo juiz;
- b) Como uma opção judicial, independentemente do desejo dos pais;
- c) Das responsabilidades parentais como principio regra após o divórcio constituindo o exercício unilateral uma solução excepcional a ser decretada a pedido de um ou ambos os pais, se existirem motivos especiais que a isso conduzam.¹¹⁹

Em entendimento semelhante à ordem jurídica lusa, nos Estados Unidos, em específico nos estatutos dos 33 estados, há a previsão de mais possibilidades de exercício conjunto das responsabilidades parentais. Nesse sentido, é possível o tribunal estadunidense declarar:

- a) A guarda conjunta como opção judicial, independentemente dos desejos das partes;
- b) A guarda conjunta como um opção judicial, mas só quando as partes concordem;
- c) A guarda conjunta como opção se requerida por uma das partes;
- d) Preferência ou presunção de guarda conjunta.¹²⁰

Entende-se que o exercício conjunto das responsabilidades parentais requer, antes de tudo, muita cooperação e comunicação entre as partes, dificilmente funcionando de modo mais adequado se não houver acordo bilateral e, por isso,

¹¹⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 216.

¹²⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. Nota 521. p. 216.

observa-se que a legislação portuguesa fez bem ao restringir o exercício com base nos casos de concordância de ambos os responsáveis.¹²¹

O fato de ser imposto o exercício das responsabilidades parentais contra a vontade de um progenitor gera conflitos, que talvez possam ser insanáveis no futuro. Acabam por atingir, principalmente, o interesse das crianças e, com isso, fazem “com que esta seja usada por cada um dos pais como arma contra o outro.”¹²²

O que não pode ocorrer é a escolha - seja pelas partes ou pelo juiz – pelo não exercício da guarda conjunta sob o argumento de se evitar uma situação difícil e não porque essa escolha seria a mais adequada decisão para a criança.¹²³

Parte da doutrina entende que os conflitos existentes entre os pais a partir da ruptura conjugal tendem a diminuir com o passar dos anos e consideram que a guarda conjunta pode, ao longo prazo, reduzir essas diferenças.¹²⁴

A doutrina francesa, apesar de preconizar ser mais adequada a existência de acordo entre as partes, entende que ele não é condição fundamental para o exercício da guarda conjunta. O acordo, então, não vincula automaticamente o juiz. Este, por sua vez, não deve decidir pelo exercício da guarda conjunta com um acordo sem que antes averigue em que condições são estabelecidos os interesses da criança.

Ainda se verifica que, mesmo que um dos pais não tenha o intuito de solicitar a guarda conjunta, o juiz pode, mediante a análise do caso concreto, fundamentar, segundo a necessidade, o exercício da guarda conjunta. Nesse sentido “o juiz deduz, das circunstâncias do caso, a possibilidade de apaziguamento dos conflitos e de formação de um consenso entre os pais em torno da educação da criança.”¹²⁵ Entendem, em sua maioria, que esta é a solução mais adequada, aplicando-se a guarda conjunta mesmo em

¹²¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 216.

¹²² SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 217.

¹²³ Observa-se o entendimento da doutrinadora portuguesa: “No entanto, a exigência de acordo dos pais como um requisito imprescindível do exercício conjunto das responsabilidades parentais coloca nas mãos de um dos pais um autêntico poder de veto, susceptível de ser usado como meio de pressão ou chantagem sobre o outro progenitor que deseja a guarda conjunta, bastando para que esta solução seja afastada a recusa, ainda que sem fundamento, de um dos pais em exercer em conjunto o poder paternal.” SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 217.

¹²⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 217.

¹²⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 219.

caso de discordância dos pais, desde que esta seja constatada como a melhor opção para a vida da criança.¹²⁶ Na prática, entretanto, essa não é uma situação tão simples de se resolver.

Decidir sobre um tipo de guarda sem a devida intenção do progenitor é o mesmo que jogar a criança para o mundo sem ao menos instruí-la com noções básicas de vivência na sociedade. Acredita-se que seria mais plausível permitir que outras pessoas, tais como familiares que tenham carinho pela criança – ou, em último caso, outros responsáveis legitimados pela adoção – cuidem do menor.

O acordo é, sobretudo, o ponto de partida para decisão do tipo de modelo a ser seguido pelos pais em face dos filhos, considerado também como a situação mais apropriada ao exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Nada impede que, com o passar do tempo, os conflitos existentes entre os ex-espousados possam ser atenuados ou até mesmo deixem de existir. Por isso, aconselha-se aos pais que, após algum tempo de exercício da guarda, recorram ao tribunal para que possa alterar o sentido do acordo feito inicialmente. Nestes casos, o juiz tem um papel de mediador diante do caso.¹²⁷

Em cada caso concreto, a função dos mediadores familiares orienta e auxilia os responsáveis a tomar a decisão mais adequada à vida dos menores. Para tanto, analisa-se as possibilidades de os pais educarem a criança conjuntamente. Depois disso, caso seja entendida como a melhor solução ao caso concreto, propõe-se a guarda conjunta.¹²⁸

O fato de estabelecer o exercício compartilhado das responsabilidades parentais como regra parece apresentar um risco aos interesses da criança. Dessa maneira, vide:

¹²⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 219.

¹²⁷ “a imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais a pais que estão em conflito em torno da guarda do/a filho/a representa para os juízes uma forma fácil de escaparem a uma decisão difícil, permitindo-lhes optar por uma solução de compromissos que, apesar de igualizar os direitos dos pais, pode perturbar gravemente a criança, expondo-a a conflitos de lealdade e transformando-a num instrumento na luta de um dos pais contra o outro.” SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 219-20.

¹²⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 221-2.

Um princípio legal de exercício conjunto das responsabilidades parentais, após o divórcio, seria inócuo relativamente a pais que não se empenham na educação conjunta dos/as filhos/as e prejudicial para famílias em que os pais estão em conflito entre si quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais.¹²⁹

Já com relação ao ordenamento jurídico espanhol, verifica-se que há a possibilidade de ser celebrado um acordo entre ambos os progenitores. Na maioria das vezes, isso significa dizer que tudo está se caminhando dentro da normalidade de uma satisfatória resolução da causa.¹³⁰

Excepcionalmente, ainda quanto ao acordo relacionado ao tipo de exercício da responsabilidade parental, a legislação espanhola¹³¹ permite o exercício da guarda conjunta contra a vontade de um dos pais caso essa seja a única maneira de proteção do interesse do menor.

Na Itália, a legislação permite que o juiz decida pelo exercício das responsabilidades parentais considerando a guarda conjunta ou alternada como as mais

¹²⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 221-2.

¹³⁰ Destaca-se o que aduz Maria Clara Sottomayor: “O legislador espanhol pensou também nas crianças e mulheres vítimas de violência, introduzindo, no art. 92.º, n.7 do código civil, uma cláusula de salvaguarda que impede a guarda conjunta nos casos em que esteja a correr um processo-crime contra um dos pais ou em que haja fundado indício de violência doméstica. A jurisprudência e a doutrina duvidam da praticabilidade da guarda conjunta nos casos de requerimento unilateral por um dos pais com a oposição do outro. SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. Nota 567 e 568. p. 231. Senão, observam-se os artigos em referência: Art. 92.º, 6: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, yoíra a las crianças que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propia criança, valorar las alegaciones de las partes verdidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad com el régimen de guarda.” ESPAÑA. Generalitat de Catalunya: Departament de Justícia. Código Civil. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T7.htm>>. Acesso em: agosto-2014.

Art. 92.º, 7: “No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso em un processo penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.” ESPAÑA. Generalitat de Catalunya: Departament de Justícia. Código Civil. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T7.htm>>. Acesso em: agosto-2014.

¹³¹ Sobre a posição da jurisprudência espanhola, vide: “Esta posição da jurisprudência explica-se pelo facto de a lei espanhola (art. 1903.º do Código Civil) ligar a responsabilidade à guarda do menor e por não conter uma presunção de culpa de âmbito genérico com a do art. 491.º do C.C. Este tipo de normas que contêm uma enumeração taxativa de sujeitos obrigados a indemnizar aumenta o número de casos em que a vítima fica sem idemmização, pois os pais, que não coabitem com o menor, conseguirão, com êxito, ilidir a presunção de culpa.” SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 407-8 (nota 10).

utilizadas. Levam-se em conta as especificidades do caso concreto e, em especial, a idade da criança (art. 11.º da lei 6.1987, n. 74).¹³²

A lei italiana, no que se refere à guarda, expõe, em relação os demais ordenamentos jurídicos observados até aqui, um rol mais amplo de orientações direcionadas ao conceito de ‘atos de particular importância’.¹³³

O exercício conjunto das responsabilidades parentais pode ser praticado conforme três modelos¹³⁴: primeiro, pelo exercício conjunto com a fixação da residência principal da criança com um dos pais; segundo, pelo exercício conjunto com residência alternada; e terceiro, pelo chamado “Bird’s Nest Arrangement”.

Insta salientar que em famílias onde há histórico de violência doméstica, não se aconselha o uso do exercício compartilhado da guarda entre os progenitores, pois, dessa forma, obriga-se um dos ex-cônjuges – nomeadamente, o que foi agredido –, a manter

¹³² Para Sottomayor: “Na prática, a jurisprudência entendia que a guarda conjunta só podia ser decretada quando existia acordo entre os pais, espírito de colaboração e capacidade de diálogo, constituindo a guarda única a solução regra, em matéria de guarda e exercício das responsabilidades parentais. O código civil italiano (art. 155.º) veio a ser alterado, pela lei de 8 de fevereiro de 2006, no sentido de prever o princípio geral do exercício conjunto das responsabilidades parentais em relação às questões de maior importância relativas à instrução, educação e saúde dos filhos, tendo em conta as capacidades, inclinações naturais e as aspirações destes. O legislador não exige a fixação de residência junto de um progenitor, determinando que o juiz tem a possibilidade de confiar a guarda a ambos os pais ou a um só consoante o interesse moral e material da criança.” SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. Nota 570 e 568. p. 232.

¹³³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. Nota 570 e 568. p. 232.

¹³⁴ Para a doutrinadora existe três modelos: “a) O exercício conjunto das responsabilidades parentais refere-se apenas ao aspecto jurídico de definir quem tem competência para tomar decisões relativas à educação da criança, fixando-se, contudo, a residência habitual da criança junto de um dos pais. As responsabilidades parentais, continuam, tal como na constância do casamento, a ser exercida de comum acordo por ambos os pais. Dir-se-á que o divórcio apenas dissolve o vínculo conjugal mas que, no plano jurídico, relativamente aos/as filhos/as as nada muda.

b) O exercício conjunto das responsabilidades parentais além de abranger a aspecto jurídico acima descrito inclui também um aspecto material, que se traduz no facto de a criança viver um montante de tempo substancial em casa de cada um dos pais de acordo com um determinado ritmo temporal (ritmo de alternância anual, semestral, mensal, quinzenal, semanal ou divisão das semanas ao meio), não sendo, contudo, necessário que o tempo passado pela criança com cada um dos pais seja rigorosamente igual. ¹³⁴ “No quadro de um exercício conjunto de poder paternal a referência a um regime de visitas é imprópria. Em princípio, quando é decretado o exercício conjunto das responsabilidades parentais não há lugar à regulamentação do direito de visita. O outro progenitor goza de um direito de se relacionar com a criança livremente, sempre que ambos o desejam. As relações da criança com o progenitor não residente são geridas no dia-dia e abrangem normalmente estadias prolongadas desta na residência daquele, embora o sucesso, a consistência e a duração deste relacionamento esteja dependente do empenhamento e do interesse dos pais.

c) Este modelo, em que os/as filhos/as continuam a residir na casa de morada de família dos pais vivem alternadamente com estes, é praticado nos E.U.A, por algumas famílias, como uma solução transitória. Consiste, no entanto, no modelo menor adoptado pelas famílias.” SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 237.

contato com a outra pessoa para tratar de assuntos sobre a vida do menor, o que, por vezes, pode gerar graves conflitos e, até mesmo, novos casos de agressão.¹³⁵

Acredita-se sempre que, na maioria das vezes, a divisão de direitos/deveres dos assuntos relacionados aos filhos é a mais adequada opção a seguir, quando, obviamente, não haja litígios que possam vir a afetar a vida da criança.

Sabe-se, também, que as opções de guarda conjunta podem vir a afetar diretamente a vida do menor. As crianças de 3 a 5 anos, por exemplo, mostram-se mais susceptíveis a serem afetadas com perturbações de comportamento em relação às crianças de 1 a 3 anos. Muitas vezes pela instabilidade emocional do ambiente de convivência desenvolvem pesadelos e problemas psicológicos graves.

No tocante aos adolescentes, é bem difícil de obter-se alguma conclusão sobre o nexos de causalidade entre fatos domésticos hostis ao seu desenvolvimento e a sua conduta, pois, naturalmente, já se encontram em fase de constantes mudanças de comportamento e de humor.

Quanto aos atos de particular importância para a vida do menor, o legislador limitou as questões existentes para evitar conflitos entre os progenitores, segundo o rol de atividades abaixo discriminadas:¹³⁶

- a) A efetuação da matrícula do menor no estabelecimento de ensino;
- b) As intervenções cirúrgicas que acarretem risco para a vida do menor;
- c) A escolha de religião;¹³⁷
- d) As deslocações para fora do país;
- e) O exercício de actividades desportivas;

¹³⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 241.

¹³⁶ FEVEREIRO, Andreia Filipa Vicente. A Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais em Caso de Divórcio. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/400/1/RESPONSABILIDADES%20PARENTAIS%20%20Andreia%20Fevereiro.pdf>>. Acesso em: outubro/2014.

¹³⁷ Artigos 1886.º do Código Civil português: ARTIGO 1886º (Educação religiosa) Pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de dezasseis anos. PORTUGAL, Código Civil. Disponível em:< <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>>. Acesso em: outubro-2014 e art. 11.º da Lei da Liberdade Religiosa- Artigo 11.º Educação religiosa dos menores: 1 - Os pais têm o direito de educação dos filhos em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa, no respeito da integridade moral e física dos filhos e sem prejuízo da saúde destes. 2 - Os menores, a partir dos 16 anos de idade, têm o direito de realizar por si as escolhas relativas a liberdade de consciência, de religião e de culto. PORTUGAL. Lei da Liberdade Religiosa. Procuradoria- Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=806&tabela=leis>. Acesso em: outubro-2014.

- f) A comemoração de casamento antes dos dezoito anos;¹³⁸
- g) A interrupção da gravidez enquanto menor de idade;¹³⁹
- h) A aquisição da carta de condução;
- i) A escolha do nome da criança;¹⁴⁰
- j) A escolha da naturalidade do menor;¹⁴¹

¹³⁸ Artigos 1612.º do Código Civil português: ARTIGO 1612º (Autorização dos pais ou do tutor) 1. A autorização para o casamento de menor de dozoito anos e maior de dezasseis deve ser concedida pelos progenitores que exerçam o poder paternal, ou pelo tutor. 2. Pode o conservador do registo civil suprir a autorização a que se refere o número anterior se razões ponderosas justificarem a celebração do casamento e o menor tiver suficiente maturidade física e psíquica. E o art. 149.º do Código de Registo Civil- Consentimento para o casamento de menores. Artigo 149.º Pedido: 1 - O menor núbil deve obter autorização dos pais detentores do exercício do poder paternal, do tutor, ou o seu suprimento, com vista ao casamento que pretende realizar. 2 - O documento comprovativo da autorização ou do seu suprimento é junto ao processo preliminar de casamento. PORTUGAL. Código de Registo Civil. Procuradoria- Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=682&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: outubro-2014.

¹³⁹ Artigo 142.º do Código Penal- Art. 142. Interrupção da gravidez não punível 1-Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina: a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida; b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez; c) (*) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as leyes artis,excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo d) (*) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas. 2-A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada. 3-O consentimento é prestado: a) Em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção; ou b) No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral. 4- Se não for possível obter o consentimento nos termos do número anterior e a efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos. (*) Redacção da Lei nº 90/97, de 30-07. PORTUGAL. Código Penal. Disponível em: <<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>>. Acesso em outubro-2014.

¹⁴⁰ Artigo 1875.º, n.º 2 do Código Civil português- ARTIGO 1875º (Nome do filho) 1. O filho usará apelidos do pai e da mãe ou só de um deles. 2. A escolha do nome próprio e dos apelidos do filho menor pertence aos pais; na falta de acordo decidirá o juiz, de harmonia com o interesse do filho. 3. Se a maternidade ou paternidade forem estabelecidas posteriormente ao registo do nascimento, os apelidos do filho poderão ser alterados nos termos dos números anteriores.

¹⁴¹ Artigo 101.º, n.º 2 do Código de Registo Civil- Registo de nascimento- Artigo 101.º Competência: 1 - É competente para lavrar o registo de nascimento qualquer conservatória do registo civil, a unidade de saúde onde ocorreu o nascimento ou aquela para onde a parturiente tenha sido transferida, desde que seja possível declará-lo na unidade de saúde. 2 - Para efeitos dos assentos de nascimento ocorrido em território português, a lavrar após a entrada em vigor deste diploma e de que não haja registo anterior, considera-se naturalidade o lugar em que o nascimento ocorreu ou o lugar, em

Assim, a doutrina tem compreendido que a concepção de atos da vida corrente do menor incluem todos os assuntos que dizem respeito ao dia-dia da criança, a exemplo:

- a) Das decisões referentes à educação do menor;
- b) Das decisões referentes à alimentação do menor;
- c) De se ir levar e buscar o menor na escola;
- d) Do auxílio dado pelo progenitor ao menor para a elaboração dos trabalhos escolares;
- e) Da higiene do dia-a-dia do menor;
- f) Das regras de convivência;
- g) Das decisões sobre as saídas com os amigos;
- h) Do uso do seu próprio telemóvel e do seu próprio computador.¹⁴²

O progenitor sem a guarda não detém poderes para recorrer contra as decisões tomadas pelo progenitor guardião. Diante do seu descontentamento, deve dialogar com o outro progenitor, de maneira que haja uma conscientização para se evitar a prática de tal ato. Contudo, após o ato de descontentamento, se a pessoa que tem a guarda continuar a apresentar tais condutas abusivas, o não guardião pode, por via judicial, solicitar ao tribunal uma alteração do exercício das responsabilidades parentais, de maneira que se limitem os atos arbitrários do primeiro progenitor.

No que tange às responsabilidades parentais proferidas por um tribunal de países da União Europeia, as decisões são frequentemente reconhecidas em outros tribunais¹⁴³ sem que se tenha de se realizar qualquer procedimento específico.

território português, da residência habitual da mãe do registando, à data do nascimento, cabendo a opção ao registando, aos pais, a qualquer pessoa por eles incumbida de prestar a declaração ou a quem tenha o registando a seu cargo; na falta de acordo entre os pais, a naturalidade será a do lugar do nascimento. 3 - (Revogado pelo DL 324/2007, 28/9). PORTUGAL. Código de Registo Civil. Procuradoria- Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=682&pagina=2&ta_bela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: outubro-2014.

¹⁴² “Relativamente aos actos rotineiros, não se justifica uma interferência exterior aos próprios progenitores, devendo decidir entre si este tipo de situações.” FEVEREIRO, Andreia Filipa Vicente. A Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais em Caso de Divórcio. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/400/1/RESPONSABILIDADES%20PARENTAIS%20%20Andreia%20Fevereiro.pdf>>. Acesso em: outubro-2014.

Diferentemente dos demais países anteriormente referenciados, não são aplicadas, na Dinamarca, as regras sobre responsabilidade parental – competência, reconhecimento, execução.¹⁴⁴

A criação de um espaço jurídico seguro para as crianças é um dos objetivos da União Europeia. Nele, no que diz respeito às responsabilidades parentais, a livre circulação das decisões judiciais e o reconhecimento mútuo delas em outros tribunais seria uma realidade. Em razão desses fatores, foi editado o Regulamento n.º 1347/2000 do Conselho, que disciplina as regras sobre competência, reconhecimento e execução de decisões relativas às responsabilidades parentais.

Já passada essa etapa, publicou-se o Regulamento (CE) n.º 2210/2013 – que substituiu o anterior –, o ‘novo regulamento Bruxelas II’.¹⁴⁵ Sua aplicação teve início em março de 2005. Seu texto estabelece que as decisões judiciais que tratam do tema da responsabilidade parental podem, por meio de um procedimento simples, ser reconhecidas e aplicadas em outros Estados-Membros.¹⁴⁶

¹⁴³ Sobre esse assunto, *vide* o Regulamento 2201/2003: “O Regulamento aplica-se entre todos os Estados-Membros da União Europeia, com exceção da Dinamarca. As decisões proferidas num Estado-Membro são reconhecidas nos outros Estados-Membros, sem quaisquer formalidades. As decisões proferidas num Estado-Membro, que aí tenham força executória, são executadas noutro Estado-Membro depois de nele terem sido declaradas executórias a pedido de qualquer parte interessada. O pedido de decisão de exequoriedade deve ser apresentado ao tribunal indicado na lista Encontrar tribunal para um pedido. O recurso contra a decisão sobre o pedido de declaração de exequoriedade é interposto no tribunal indicado na lista Encontrar tribunal para recurso. As decisões sobre o direito de visita e as decisões relativas ao regresso da criança são reconhecidas e têm força executória noutros Estados-Membros, sem necessidade de declaração de exequoriedade, desde que sejam acompanhadas por uma certidão. O Regulamento estabelece quatro tipos de formulários. Cada Estado-Membro designa pelo menos uma autoridade central encarregada de o assistir na aplicação do Regulamento. O ATLAS põe à sua disposição informações relativas à aplicação do Regulamento, assim como uma ferramenta de fácil uso, que lhe permitirá preencher os formulários. As informações fornecidas pela Croácia sobre a cooperação judiciária em matéria civil podem ser consultadas no Portal Europeu da Justiça. Estes formulários só estão disponíveis no Portal Europeu da Justiça.” Acesso em: Agosto-2014. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/rc_jmm_information_pt.htm>.

¹⁴⁴ A Sua Europa. Responsabilidade Parental. Acesso em: Agosto-2014. Disponível em: <http://europa.eu/youreurope/citizens/family/children/parental-responsibility/index_pt.htm>.

¹⁴⁵ Guia prático para aplicação do no regulamento Bruxelas II. Acesso em Agosto-2014. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_pt.pdf>. O documento foi elaborado pelos serviços da Comissão em consulta com a Rede Judiciária Europeia em Matéria Civil e Comercial.

¹⁴⁶ Rede Judiciária Europeia em matéria civil e comercial. Responsabilidade Parental- Direito Comunitário. Acesso em: Agosto-2014. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_pt.htm>.

2.3 Síndrome da Alienação parental nos casos de guarda única/unilateral e influências com relação aos atos ilícitos cometidos pelos filhos menores

Após o compartilhamento do exercício da guarda, deve-se sempre buscar o melhor interesse da criança, o seu bem-estar, a sua boa educação e a alternância e a divisão de tarefas entre os pais, de modo que seja escolhida a mais adequada solução para se preservar o estado emocional e psíquico do incapaz. Para que isso se concretize, é crucial que as mágoas e as diferenças existentes entre os progenitores até o momento de ruptura do vínculo conjugal sejam relegadas ao passado e não interfiram no exercício da autoridade parental.

Na maioria dos casos, as divergências que deram causa ao rompimento do matrimônio não são bem resolvidas, e, a partir de então, cria-se um novo tipo de conflito, em que um dos progenitores retira o menor do convívio do outro ou então se utiliza de argumentos para que o menor venha a ficar chateado ou com receio de conviver com o outro progenitor, mesmo que apenas em períodos de visitação. Esse processo é conhecido como a síndrome da alienação parental (SAP), tendo em vista que o progenitor guardião é o alienador e, o outro, alienado. Nesse sentido, a doutrina esclarece que:

A criança, que ama o seu genitor, é levada a afastar-se dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado. o detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro.¹⁴⁷

Para que se tenha noção do grau de destruição que essa síndrome pode vir a causar na vida de um menor, insta dizer que, em alguns casos, ele apresenta quadros de depressão, de falta de interesse em frequentar a escola, de mudanças de humor repentinas e, no mais grave dos casos, tenta o suicídio.

¹⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso? Júris síntese, nº 61, set/out de 2006.

Nos momentos em que ocorrem os atos de alienação parental, a criança não sabe que está sendo manipulada pelo outro progenitor. Para ela, todos os fatos ouvidos são verdadeiros. E, com a constatação de existência da síndrome, o progenitor alienado deverá provocar a tutela jurisdicional para que sejam tomadas as medidas cabíveis.

Como alternativa a se evitar os casos de alienação parental, existem as modalidades de guarda compartilhada, conjunta ou alternada. Nelas, quando os pais se separam as responsabilidades são partilhadas entre ambos. Dessa maneira, continuam a tomar as decisões importantes na vida do menor e, em conjunto, decidirão sobre a sua criação, buscando, após a fase da infância, escutá-lo para um melhor relacionamento, visto que a pré-adolescência é bastante complexa.

O exercício da responsabilidade conjunta tenciona, portanto, agregar entre aos pais a possibilidade de desenvolver as aptidões psicoemocionais dos menores, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal, e parece que vem demonstrando um bom desempenho nesse sentido.

Cumprido destacar que as modalidades de guarda alternada e compartilhada apresentam distinções entre si. A primeira diz respeito à alternância de moradia, de maneira que o menor passe um determinado tempo na casa de um dos progenitores e outro tempo com o outro e ambos sejam legalmente responsáveis por ele.¹⁴⁸ Já a segunda visa o compartilhamento de todos os deveres relativos ao menor, tais como a sua educação, a sua saúde, o seu bem-estar, o seu lazer e todos os assuntos relativos à sua vida, embora ele resida em apenas um lugar.

Na guarda alternada, a criança não possui uma única moradia. Alterna-se, portanto, de em tempos em tempos, a sua residência. Em dados momentos, reside com um progenitor e, após algum tempo, com o outro. Isso acontece para que os pais tentem dividir em partes iguais o tempo passado junto aos filhos.

Na escolha da guarda compartilhada não mais existirá pai ou mãe de ‘fim de semana’. Pode-se citar, por exemplo, o caso do pai que, ao sair do trabalho, leva o filho à consulta médica fora do horário de visitas.

Para outros doutrinadores, a guarda conjunta seria um dos meios de exercício da autoridade parental em que os responsáveis têm o desejo de continuar exercendo em

¹⁴⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *A guarda conjunta de menores no direito brasileiro*. vol. 36. Porto Alegre: Ajuris, 1986. p. 53-64, 1986.

comum esse poder/dever como antes o faziam, mesmo quando já estejam separados.¹⁴⁹ Por outro lado, pode acontecer de não estarem presentes os pressupostos necessários para a concessão da guarda compartilhada. Neste caso, se não existe harmonia entre os progenitores – tampouco condições favoráveis¹⁵⁰ para sua convivência – não há razões para se permitir o seu exercício conjunto, pois, caso contrário, certamente o ambiente saudável e harmonioso que a criança precisa para se desenvolver será prejudicado.

Como há, no exercício da guarda alternada, frequentes mudanças de residência do menor, já que vive uma parte do tempo com um progenitor e outra parte do tempo com o outro, uma corrente doutrinária entende que ela não seria a opção que prioriza o interesse do menor. É por esse sentido a decisão a seguir:

VISITA - GUARDA ALTERNADA INDEFERIDA - INTERESSE DO MENOR DEVE SOBREPOR-SE AO DOS PAIS - AGRAVO DESPROVIDO.

Nos casos que envolvem guarda de filho e direito de visita, é imperioso ater-se sempre ao interesse do menor. A guarda alternada, permanecendo o filho uma semana com cada um dos pais não é aconselhável pois às repetidas quebras na continuidade das relações e ambiência afetiva, o elevado número de separações e reaproximações provocam no menor instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento, por vezes retrocessos irrecuperáveis, a não recomendar o modelo alternado, uma caricata divisão pela metade em que os pais são obrigados por lei a dividir pela metade o tempo passado com os filhos.¹⁵¹

A guarda alternada tem como proposta equilibrar as participações do pai e da mãe na vida dos menores, para que possam compartilhar direitos, deveres, decisões no

¹⁴⁹ GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005. p. 110.

¹⁵⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL LITIGIOSA. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA DECRETAÇÃO. A guarda compartilha está prevista nos arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobremaneira, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

¹⁵¹ (TJSC - AI n. 00.000236-4, da Capital, Rel. Des. Alcides Aguiar, j. 26.06.2000) 100 BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Direito Civil. Agravo de instrumento n. 00.000236-4, da Capital, Rel. Des. Alcides Aguiar, j. 26.06.2000 Data da publicação: 24/10/2003. Disponível em <<http://www.tjsc.gov.br>>. Acesso em: julho-2014

tocante a educação, saúde, lazer, mesmo que residam em locais diferentes. É esse o sentido dado pela doutrina:

Mais do que direito, a convivência com ambos os genitores é um fator fundamental no desenvolvimento social e psicológico, tendo em vista que é através de nossas famílias de origem, representada por nossos pais, que nos inserimos na estrutura social, bem como é primordialmente através de relações com ambos, pai e mãe, que construímos nossa subjetividade.¹⁵²

O exercício das guardas alternada e compartilhada tem o intuito de assegurar principalmente a proteção do menor, permitindo com isso que o seu equilíbrio emocional e a sua personalidade estejam protegidas. Tem de levar em consideração que todos esses aspectos são compartilhados também no momento em que se decide por esses tipos de guarda.

Uma das diversas vantagens referente à guarda compartilhada diz respeito aos alimentos, pois, por se tratar de um modelo que busca manter os laços afetivos entre os filhos e os genitores, acaba resultando no estímulo ao cumprimento do pagamento referente aos alimentos, por exemplo.

Em alguns países, em razão dos institutos da guarda compartilhada e alternada serem relativamente novos, há muitas discussões e dúvidas quanto às suas aplicabilidades em casos concretos.

O poder judiciário acompanhou a evolução no âmbito do ramo do Direito da Família e percebeu que o homem está tendo uma maior participação na vida familiar durante a constância do casamento e também após uma possível ruptura conjugal.

Com a inserção cada vez mais crescente da mulher no mercado de trabalho, e com a conquista da igualdade de gêneros no que toca a educação dos filhos, as mudanças na estrutura familiar e na própria questão da guarda do menor surgem como consequência.

Percebendo-se que não há uma opção determinante em relação à atribuição da guarda do menor à mãe ou ao pai. O importante é, pois, observar-se o melhor interesse da criança em cada caso concreto. Há de se tomar em conta vários aspectos, a exemplo

¹⁵² BRUNO, D. D. Guarda compartilhada. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. 2002, v III, n. 12, p. 27-39.

do estilo de vida do responsável, do ambiente em que o menor será inserido, da educação que receberá, do cuidado que terão com a sua saúde, dentre outros assuntos que o juiz verificar serem relevantes.

No direito, a guarda compartilhada já é utilizada como uma forma de superar as limitações trazidas pelo arcaico sistema de visitas, por possibilitar um melhor nível de relacionamento entre pais e filhos. Por vários anos, logo após a dissolução conjugal, esse tipo de guarda vinha sendo homologado desde que tivesse sido acordado previamente. Mesmo que ainda não houvesse lei que amparasse tal decisão, não havia de início nada que impedisse a prática da guarda compartilhada. Observa-se, inclusive, variada jurisprudência sobre essa questão.¹⁵³

Para que o princípio da busca pelo melhor interesse do menor seja sempre alcançado, é necessário um maior amparo por parte dos responsáveis, de forma a serem amenizadas as consequências decorrentes da dissolução conjugal.

Os casos de ruptura conjugal vêm crescendo de maneira acelerada. Sabe-se que, se há menores como frutos da relação conjugal, certamente serão os mais prejudicados se os progenitores não tiverem equilíbrio para tratar da questão.

Nos últimos tempos, as decisões judiciais têm permitido o exercício da guarda compartilhada/conjunta, entretanto, ainda existem muitas controvérsias no que diz respeito a esse assunto. Alguns magistrados entendem que esses tipos de guarda podem comprometer o bem estar do menor, pois se na antiga relação conjugal existirem questões mal resolvidas, é possível que elas ocasionem transtornos para a criança no futuro. Dessa forma, observa-se o entendimento de alguns tribunais:

¹⁵³ APELAÇÃO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA CUMULADA COM REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. FIXAÇÃO JUDICIAL DE GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. Embora não exista previsão legal, é possível às partes estabelecer a guarda compartilhada. É um modelo ideal, que pressupõe a harmonia e o consenso entre os pais da criança. Não há possibilidade de impô-la por via judicial. Ela não se coaduna com o litígio. O pedido de fixação judicial de guarda compartilhada é juridicamente impossível. Negaram provimento. GUARDA COMPARTILHADA. A estipulação de guarda compartilhada é admitida em restritas hipóteses, sendo de todo desaconselhável quando há profunda mágoa e litígio entre as partes envolvidas. Apelo desprovido. Disponível em: <<http://www.portalmultipla.com.br>>. E ainda: EMENTA: GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. Tendo em vista que o pai trabalha no mesmo prédio que a infante, possuindo um contato diário com a filha, imperioso se mostra que as visitas se realizem de forma livre, uma vez que a própria genitora transige com a possibilidade da ampliação das visitas. Agravo provido, por maioria, vencido o Relator. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018264713, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Redator para Acórdão: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007).

APELAÇÃO CÍVEL–GUARDA COMPARTILHADA–INTERESSE DO MENOR–RECURSO IMPROVIDO–É cediço que o escopo do instituto da guarda compartilhada, traz em seu âmago assegurar o interesse do menor, mesmo que em descompasso ao querer volitivo de seus genitores. A partir do momento em que o bem estar do menor sofre a iminência de turbação, deve-se primar pela segurança psíquica do mesmo, adotando as medidas cabíveis. 3. Recurso improvido. (TJES – AC 045069000078 – 3ª C.Cív. – Rel. Des. Alinaldo Faria de Souza – J. 05.12.2006).¹⁵⁴

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA RESPONSABILIDADE CONJUNTA – NECESSIDADE DE RELAÇÃO HARMONIOSA ENTRE OS GENITORES – AUSÊNCIA DE CONVIVÊNCIA PACÍFICA ENTRE OS PAIS – PREJUDICIAL AOS INTERESSES E BEM ESTAR DA CRIANÇA – RECURSO IMPROVIDO– Apesar de não haver previsão legal específica, a doutrina e jurisprudência têm entendido que o instituto da guarda compartilhada tem por fim a participação em nível de igualdade dos genitores no que se refere a decisões quanto a educação, formação, saúde, dentre outros, até que atinjam a capacidade plena, não se confundindo com a "guarda alternada". Resta imperioso para efeito da guarda compartilhada, que os genitores possuam uma relação harmoniosa, cordial, pacífica, para decidirem e solucionarem juntos os aspectos referentes a formação dos filhos. Reconhecendo-se que a harmonia não é uma constante na vida dos genitores, o que prejudicaria o bem estar e interesses da criança, mantém-se a sentença que julgou improcedente o pedido de guarda compartilhada. (TJMS – AC-Lei Especial 2007.003433-2/0000-00 – Campo Grande – 3ª T.Cív. – Rel. Des. Hamilton Carli – J. 14.05.2007).¹⁵⁵

Parte da doutrina sobre o assunto entende que essa alternância de residência prejudica, de forma significativa, a formação das personalidades dos menores, principalmente daqueles que estão na idade pré-escolar, causando-lhes desconforto e insegurança.¹⁵⁶

A guarda compartilhada não parece ser a mais apropriada solução quando os pais moram em cidades distintas, pois, já que pode vir a afetar a participação ativa do outro progenitor na vida do menor:

¹⁵⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Apelação Cível - AC nº 045069000078 - 3ª. Câmara Cível – Espírito Santo – Rel. Des. Alinaldo Faria de Souza – J. 05.12.2006). Disponível em <http://www.tjes.gov.br>. Acesso em 10.06.2014.

¹⁵⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível - Lei Especial 2007.003433-2/0000-00 – Campo Grande - 3ª. T. Cível – Des. Hamilton Carli – J. 14.05.2007). Disponível em <http://www.tjms.gov.br>. Acesso em 10.06.2014.

¹⁵⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 225.

GUARDA DE MENOR COMPARTILHADA- IMPOSSIBILIDADE -PAIS RESIDINDO EM CIDADES DISTINTAS- AUSÊNCIA DE DIÁLOGOS E ENTENDIMENTO ENTRE OS GENITORES SOBRE A EDUCAÇÃO DO FILHO - GUARDA ALTERNADA - INADMISSÍVEL - PREJUÍZO À FORMAÇÃO DO MENOR. A guarda compartilhada pressupõe a existência de

diálogo e consenso entre os genitores sobre a educação do menor. Além disso, guarda compartilhada torna-se utopia quando os pais residem em cidades distintas, pois aludido instituto visa à participação dos genitores no cotidiano do menor, dividindo direitos e obrigações oriundas da guarda. O instituto da guarda alternada não é admissível em nosso direito, porque afronta o princípio basilar do bem-estar do menor, uma vez que compromete a formação da criança, em virtude da instabilidade de seu cotidiano. Recurso desprovido.

(TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000 – rel. Des. LAMBERTO SANT’ANNA – Data do acordão: 11/09/2003 Pub). 99 BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Direito Civil. Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000. Rel. Des. LAMBERTO SANT’ANNA – Data do acordão: 11/09/2003 Data da publicação: 24/10/2003 disponível em <http://www.tj.mg.gov.br>. Acesso em 02.04.2014.¹⁵⁷

A proximidade das residências em que o menor irá morar, quando se trata do exercício das responsabilidades parentais com alternância residência, é de grande importância, pois haverá uma diminuição na ruptura do ambiente social, na escola em que a criança está inserida e na sua relação com amigos. Nesse sentido, como fator de atribuição da guarda conjunta, alguns estados norte-americanos exigem a existência da proximidade geográfica com relação às residências que o menor vai passar a ter.¹⁵⁸

Para que a guarda compartilhada¹⁵⁹ mantenha seu bom ciclo em funcionamento, faz-se necessário priorizar a convivência estável e de boa qualidade com o outro progenitor, para que o compartilhamento das decisões que venham a envolver a formação dos menores seja sempre harmonioso.

¹⁵⁷ (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000 – rel. Des. LAMBERTO SANT’ANNA – Data do acordão: 11/09/2003 Pub). 99 BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Direito Civil. Apelação Cível nº 1.0000.00.328063-3/000. Rel. Des. LAMBERTO SANT’ANNA – Data do acordão: 11/09/2003 Data da publicação: 24/10/2003. Disponível em: <<http://www.tj.mg.gov.br>>. Acesso em: abril-2014.

¹⁵⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 233.

¹⁵⁹ Para Ana Carolina Silveira Akel: “essa nova modalidade de guarda compartilhada, ainda embrionária no nosso ordenamento jurídico positivo, promove uma inédita conotação ao instituto do poder familiar, anteriormente relacionada à idéia de poder, veiculando a perspectiva da responsabilidade, do cuidado às crianças e do próprio convívio familiar. A partir desse conceito de custódia, retirar-se do instituto da guarda a pejorativa conotação de posse, privilegiando a realidade de “estar com”, ou seja, de compartilhar, dividir, sempre voltada, é claro, para a supremacia do interesse do menor.” AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada*. 1. ed. São Paulo: Atlas. p. 106, nota 26, 2008.

Quando o conflito gerador transforma a relação entre os genitores numa convivência incompatível, há de se intervir judicialmente. A partir dessa situação, o juiz, dependendo do grau do conflito, irá decidir pela modificação do tipo de guarda estabelecida anteriormente para a guarda unilateral ou exclusiva.

A mesma situação ocorre se for constatada a existência de agressões entre os pais. Isso inibe qualquer possibilidade condicional de cuidar conjuntamente do menor incapaz, impossibilitando, pelos genitores, o exercício da guarda compartilhada ou alternada, prejudicando¹⁶⁰, inclusive, qualquer tipo de guarda que seja definida no momento da decisão.

No caso de haver a possibilidade de se decidir pela guarda compartilhada e o juiz sentença a guarda única, verifica-se que são concedidos privilégios para o guardião que esteja mal intencionado realize a alienação parental sobre a criança, manipulando sua mente a ponto de causar desequilíbrio no seu relacionamento com o outro genitor.

O genitor alienador possui um perfil super protetor com relação à separação e, além de tudo, entende ser tratado pelo ex-cônjuge de forma injusta e cruel. Por isso, argumenta aos filhos que o outro genitor é culpado pelo abandono da família, provocando comportamentos emocionais instáveis nas crianças.¹⁶¹

¹⁶⁰ Maria Berenice Dias acredita que esta guarda é uma forma de tentar desestimular o conflito, obrigando os pais a serem civilizados. Dessa forma, vide: GUARDA COMPARTILHADA. INTERESSE DO FILHO. Tendo o filho, com 13 anos de idade, manifestado a preferência em ficar na guarda do genitor, descabido impor a guarda compartilhada, que só obtém sucesso quando existe harmonia e convivência pacífica entre os genitores. Agravo provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70007822257, 7ª C. Cível, TJRS, Rel.: Ma. Berenice Dias, J. em 31/03/2004). BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Agravo de Instrumento 70007822257AI – 7ª Câmara Cível – Rio Grande do Sul – Rel. Maria Berenice Dias – Julgado em 31/03/2004, DJ 08/05/2004. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: julho-2014.

GUARDA COMPARTILHADA. A estipulação de guarda compartilhada é admitida em restritas hipóteses, sendo de todo desaconselhável quando há profunda mágoa e litígio entre as partes envolvidas. Apelo desprovido. (Ap. Cível Nº 70007133382, 7ª C. C., TJRS, Rel. Ma. Berenice Dias, J. em 29/10/2003). BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Cível 70007133382APC – 7ª Câmara Cível – Rio Grande do Sul – Rel. Maria Berenice Dias – Julgado em 29/10/2003, DJ 07/11/2003 Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: julho-2014.

GUARDA COMPARTILHADA. CABIMENTO. Tendo em vista que o pai trabalha no mesmo prédio que a infante, possuindo um contato diário com a filha, imperioso se mostra que as visitas se realizem de forma livre, uma vez que a própria genitora transige com a possibilidade da ampliação das visitas. Agravo provido, por maioria, vencido o Relator. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018264713, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Vencido: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Redator para Acórdão: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007, PUBLICAÇÃO: Diário de Justiça do dia 09/04/2007. BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Agravo de Instrumento 70018264713AI – 7ª Câmara Cível – Rio Grande do Sul – Rel. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves – Julgado em 11/04/2007, DJ 09/05/2007. Acesso em: julho-2014.

¹⁶¹ CASABONA, Marcial Barreto. Guarda Compartilhada. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.235.

Quando há qualquer tipo de alienação parental, a criança, na maioria das vezes por imaturidade, começa a criar uma rejeição com relação ao outro progenitor. Quanto mais tempo se passar para que seja diagnosticada a síndrome de alienação parental, mais rápida será a desestruturação da relação entre o filho e o ascendente alienado. Sabe-se que:

Induzir uma Síndrome de Alienação Parental em uma criança é uma forma de abuso. Em casos de abusos sexuais ou físicos, as vítimas chegam um dia a superar os traumas e as humilhações que sofreram. Ao contrário, um abuso emocional irá rapidamente repercutir em conseqüências psicológicas e pode provocar problemas psiquiátricos para o resto da vida. Os efeitos nas crianças vítimas da Síndrome de Alienação Parental podem ser uma depressão crônica, incapacidade de adaptação em ambiente psico-social normal, transtornos de identidade e de imagem, desespero, sentimento incontrolável de culpa, sentimento de isolamento, comportamento hostil, falta de organização, dupla personalidade e às vezes suicídio. Estudos têm mostrado que, quando adultas, as vítimas da Alienação têm inclinação ao álcool e às drogas, e apresentam outros sintomas de profundo mal estar.¹⁶²

A norma do direito *common law* inglês era uma barreira a ser enfrentada por esse novo tipo de exercício, pois defendia a guarda única exclusivamente para a mãe. Contudo, esse modelo foi superado, e a guarda compartilhada passou a ser referência a ser seguida pelos pais, colocando-os em plano de igualdade de direitos e obrigações.

O direito de visitas, por exemplo, passou a ser um termo pouco usado pelos tribunais ingleses, visto que existem outros tipos de expressões a serem usadas, de maneira que não apontem negativamente um ou outro progenitor.

A posição de alguns doutrinadores segue no sentido de considerar¹⁶³ o mesmo significado para guarda e residência, de maneira que quando se determina a residência da criança com um dos pais, não significa que isso seja apenas o local onde a criança

¹⁶² Ver isso na net e conferir: Gardner apud François Podevyn. Síndrome de Alienação Parental. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/fatpar.asp?rvtextold=1032779237>>. Acesso: julho-2014.

¹⁶³ Em entendimento do mesmo doutrinador: “considera-se que o domicílio da criança é o do progenitor residente, junto de quem o Tribunal fixa a residência habitual, não obstante o convívio com o outro. O progenitor residente assume uma posição equivalente à do progenitor que tem a guarda, nos termos do art. 85.º, n. 1 que define o domicílio legal dos menores. A assimilação do conceito de residência ao de guarda tem importantes efeitos jurídicos, por exemplo para efeitos fiscais, de prestações sociais, de determinação do Tribunal competente e de aplicação da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do rapto de crianças, devendo considerar-se que a declaração não autorizada do progenitor residente para o estrangeiro não é ilícita, uma vez que este detém a guarda enquanto direito de fixar a residência da criança e de prestação de cuidados pessoais (art. 5.º da Convenção de Haia), não se verificando os pressupostos do accionamento da Convenção de Haia para obter o regresso imediato da criança do país de origem.” SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 24-5.

viva no dia-a-dia, devendo expressar também o exercício dos direitos-deveres na educação, proteção e em outros assuntos que lhe dizem respeito.¹⁶⁴

Na França, a partir da vigência da lei 87.570 de 1987, foi normatizado o instituto da guarda compartilhada, onde todos os direitos intrínsecos aos pais sobre os filhos continuariam os mesmos após o desgaste do rompimento do casamento.

Já no Canadá, a guarda compartilhada/conjunta só é conferida quando os pais demonstrem o interesse por essa modalidade. No entanto, essa situação tem mudado, pois os tribunais vêm apresentando aos pais os possíveis pontos positivos presentes nesse tipo de guarda. Dessa maneira, deve ser sempre estimulada para que o menor possa ter mais tempo de convívio não somente com um, mas com ambos os pais, evitando-se, assim, deficiências em sua formação pela ausência de um dos genitores.

Uma das vantagens da guarda compartilhada consiste na tentativa judicial de se manter o respeito anteriormente estabelecido quando o casal ainda vivia conjuntamente. Aqui, trata-se do exercício das responsabilidades parentais pelos dois genitores.

A relação harmoniosa entre os pais traz benefícios ao desenvolvimento emocional e social das crianças. Entender que, embora não haja relacionamento conjugal, ainda existe uma relação entre eles, faz as crianças se sentirem seguras e protegidas, inibido-se o desenvolvimento de angústias causadas pela perda do convívio diário mais frequente e pela ausência provocada pela separação do casal.

A faixa etária da criança deve ser levada em consideração na escolha do tipo de guarda a ser seguida. O exercício da guarda alternada não é aconselhado às crianças de até cinco anos de idade, pois, nessa fase, ainda não se adaptam facilmente às frequentes mudanças de ambientes físicos. Até essa idade, precisam de um ambiente mais estável, sem mudanças de endereço, pois, dessa forma, parece que há um melhor desenvolvimento na sua formação.¹⁶⁵ Já as crianças maiores de cinco anos se enquadram melhor nesse contexto de adaptação que é oferecido na guarda alternada.
(NOTA)

¹⁶⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 24-5.

¹⁶⁵ Sobre o assunto, observa-se o artigo de: CHAVES, Adalgisa Wiedemann. *Guarda dos Filhos na Separação*. Disponível em: <
<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20A%20Guarda%20dos%20Filhos%20na%20Separa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: julho-2014.

Percebe-se que hoje a prática da modalidade da guarda compartilhada vem sendo mais utilizada, no intuito de se resguardar o princípio da integração do menor e do seu desenvolvimento social e psicológico.

A guarda exclusiva/unilateral prejudica toda a família, pois o guardião fica sobrecarregado ao ter de exercer o poder familiar sozinho. Fica a cargo da direção, dos cuidados, da vigilância, da educação e de todas as decisões que norteiam a vida da criança. Por outro lado, o progenitor não guardião por vezes é tomado pelos sentimentos de frustração e de depressão, provocados pela ruptura da continuidade da convivência com o menor, passando a ser apenas um espectador das decisões tomadas pelo nomeado guardião.

O sistema jurídico português tem apresentado modificações expressivas sobre o assunto, na medida em que, em regra, supera-se a exclusividade decisória pelo exercício unilateral das responsabilidades parentais e se adota também as modalidades de guarda compartilhada, conjunta ou alternada, de acordo com o que, no caso concreto, representar o melhor interesse da criança e do adolescente, pois essas mudanças têm como principal objetivo a busca pelo aumento, ou pelo menos manutenção, da qualidade de vida dos menores, já que a guarda exclusiva propicia o aparecimento da síndrome de alienação parental, “e os operadores do direito, os psicanalistas, psicólogos que estudaram esse comportamento do genitor guardião, afirmam que a guarda compartilhada é a melhor forma de evitar seu surgimento”.¹⁶⁶

¹⁶⁶ CASABONA, Marcial Barreto. *Guarda Compartilhada*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.239. nota 22.

CAPÍTULO 3 – DOS OBRIGADOS À VIGILÂNCIA DE MENORES INCAPAZES E DA BUSCA PELA HARMONIZAÇÃO NO SISTEMA

3.1. Breves comentários acerca do instituto da responsabilidade civil

A preocupação ético-jurídica da sociedade se baseia em não permitir que nenhuma vítima que tenha sofrido dano fique sem reparação, e essa proteção é encontrada no instituto da responsabilidade civil.

A sua própria origem, que advém do latim *respondere*, traz a definição de responder ‘a alguma coisa’, responder a um prejuízo ocasionado a um terceiro, por motivo de sua ação ou omissão.¹⁶⁷

No Direito ocidental de hoje, a tendência dos estudos é de não deixar a vítima que sofreu dano fique sem reparação. Tenta-se compensar ou ressarcir o dano, seja ele, respectivamente, moral ou patrimonial.¹⁶⁸

O instituto da responsabilidade civil está em constante evolução e teve sua base no antigo poder familiar, hoje conhecido como responsabilidade parental. Surgem, com isso, novas teses jurídicas para atender as necessidades sociais emergentes.¹⁶⁹

Para que se confirme a ocorrência da responsabilização civil, há de se observar os seus pressupostos de aplicabilidade:¹⁷⁰

¹⁶⁷ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 114. “A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana.” Vejamos a definição trazida por Silva: “Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção.” SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico Conciso*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 642.

¹⁶⁸ Carlos Alberto Bittar entende que: “O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado.” BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 561.

¹⁶⁹ Sobre a responsabilidade civil no Brasil, vide: ZANITELLI, Leandro Martins. *Responsabilidade Civil Objetiva no Brasil: Uma crítica as explicações habituais*. Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 5. v. 20, Outubro- dezembro, 2004. p. 211 e ss.

- a) O fato (controlável pela vontade do homem);
- b) A ilicitude;
- c) A imputação do fato ao lesante;
- d) O dano;
- e) O nexo de causalidade entre o fato e o dano.

Sabe-se que, independentemente de culpa,¹⁷¹ somente existe obrigação de indenizar nos casos previstos em lei, conforme preconiza o número 2, do art. 483.º, do Código Civil português. Dessa forma, é necessário analisar com cautela os pressupostos deste instituto, de modo a não deixar nenhuma vítima desamparada.

A culpa referente à responsabilidade civil é dividida em objetiva e subjetiva. Já em relação à natureza jurídica da norma violada, a responsabilidade pode ser dividida em contratual e extra-contratual. A primeira é proveniente da falta de cumprimento das obrigações previstas em contratos estabelecidos anteriormente. A segunda resulta de direitos que não necessita estar expressos em contrato para serem respeitados.

Baseado em um dever jurídico sucessivo, o instituto da responsabilidade civil, em sentido jurídico e etimológico, está ligado a ideia de contraprestação. Dessa forma, faz-se necessário distinguir os conceitos de obrigação e responsabilidade. A obrigação é um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo decorrente da violação da obrigação.¹⁷²

O dever jurídico de agir decorre de lei ou de negócio jurídico. Lembra-se, aqui, por exemplo: dos deveres dos pais¹⁷³ para com os filhos; do dever dos agentes de polícia em evitar agressões entre pessoas; e do dever do guarda da linha em fechar a cancela da passagem de nível.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Observa-se com isso o art 483º do Código Civil português: “Responsabilidade por factos ilícitos ARTIGO 483º (Princípio geral) 1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”

¹⁷¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12.ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 557.

¹⁷² CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 3

¹⁷³ Sobre a responsabilidade civil entre os próprios cônjuges vide MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade Civil e Direitos Familiares Conjugais: Pessoais e Patrimoniais*. Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro. n. 277/279. Janeiro-Junho, 1999. p. 351-4.

¹⁷⁴ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 559.

Anteriormente, a obrigação de indenizar tinha por base um contrato ou um fato delituoso, a exemplo da tradição de Gaio (*vel e contractu nascitur vele x delicto*).¹⁷⁵ A responsabilidade ocorria quando alguém tivesse cometido um fato ilícito danoso ou algum delito.¹⁷⁶ Assim, “desenvolveu-se a técnica da indemnização: uma obrigação, a cargo do autor do delito, destinada a suprimir o dano causado.”¹⁷⁷

Atualmente, o instituto da responsabilidade civil¹⁷⁸ perde o seu carácter sancionatório para assumir função reparatória do dano. Nesse contexto, entende-se que a presunção de culpa tem um significado maior que uma simples inversão do ônus da prova.¹⁷⁹

Como fato constitutivo do direito do autor (art. 342.º, n. 1), compete ao lesado provar a ligação entre o fato e o dano. Entretanto, obrigar a vítima a provar o nexo de causalidade seria o mesmo que exigir uma prova da culpa.¹⁸⁰

A presunção de culpa é considerada uma técnica de “hierarquização de interesses”, em face da dificuldade que a vítima tem em provar a culpa dos

¹⁷⁵ Para Menezes Cordeiro: “razões históricas e sociais levaram a que o Direito, em certas situações humana e socialmente sensíveis, mandasse que um dano, inicialmente sofrido por uma pessoa e isso independentemente de esta ter cometido um delito. Pense-se na temática de acidentes de trabalho os quais, em certas margens, são suportados pela entidade empregadora, mesmo que esta nada tenha feito que causasse o dano. É a responsabilidade objectiva ou pelo risco.” CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 287.

¹⁷⁶ Nessa senda: “devemos ter em conta que a responsabilidade civil surgiu histórica e dogmaticamente perante factos ilícitos danosos ou delitos. Razões diversas levaram a que ela fosse alargada a situações de repercussão de riscos e a ocorrência de danos lícitos. E ainda razões desse tipo conduziram a que ela devesse acudir aos próprios contratos, quando, por inobservância, ocorressem danos.” CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 287.

¹⁷⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2010. p. 287.

¹⁷⁸ Para Sottomayor: “A doutrina classifica as presunções legais como normas de direito material, que não visam determinar os factos e as máximas de experiência em direção às quais se orienta a formação da convicção dos juízes, mas antes tornar mais segura a proteção jurídica de uma certa categoria de interessados. Neste sentido, a norma do art. 491.º, enquadrada de um ponto de vista sistemático, dentro do princípio da responsabilidade subjectiva, consagrou através da técnica legislativa das presunções legais, uma opção clara a favor da tutela do interesse do lesado, fator que será decisivo na discussão sobre a natureza jurídica da responsabilidade dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores.” SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 415.

¹⁷⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 415.

¹⁸⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 412.

responsáveis, seja por não conhecê-los ou por não saberem em que contexto a vida da criança está inserida.¹⁸¹

Por razões de justiça e de probabilidade é que a presunção de culpa é explicada. De início e em regra, os danos provocados por pessoas carecidas de vigilância ocorrem pela falta de atenção dos responsáveis. Trata-se, nestes casos, da chamada *culpa in vigilando*. Por outro lado, é exigido que seja afastada a ideia de que a vítima tem de suportar possíveis danos causados por outrem em razão da suposta ocorrência de uma fatalidade.¹⁸²

Em conformidade com o artigo 487.º, n. 1, do Código Civil português¹⁸³, ao lesado incumbe provar a possível culpa do autor da lesão, salvo quando houver presunção legal de culpa.¹⁸⁴ A prova da falta de causalidade entre a obrigação de vigilância e o fato danoso poderá afastar a responsabilidade dos pais, entretanto, sabe-se que esse nexos de causalidade é difícil de ser verificado na prática. Alguns doutrinadores, por seu turno, entendem que a responsabilidade dos pais nada mais é do que uma ficção.¹⁸⁵

O juiz, por exemplo, tem papel decisivo nos casos de apuração das responsabilidades parentais, podendo atuar de maneira mais flexível ou mais severa. De maneira mais flexível, quando se passa a admitir facilmente a exoneração dos pais face ao ato ilícito que o menor tenha praticado, tendo em vista que, na prática, os responsáveis não têm condições de presenciar vinte e quatro horas do dia as ações e o comportamento o menor. E, de maneira mais severa, preconizando que bons pais de família são supervisores de todas as atividades do filho, colocando, com isso, uma

¹⁸¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 412.

¹⁸² SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 412-3.

¹⁸³ ARTIGO 487º “(Culpa) 1. É ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal de culpa.”

¹⁸⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 411.

¹⁸⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 417.

objeção à prova liberatória da culpa.¹⁸⁶ Percebe-se, na maioria das vezes, que mesmo se os responsáveis não agirem de forma culposa para a ocorrência do dano serão responsabilizados.

Assim, por existirem possíveis sujeitos que possam ser obrigados a indenizar, há uma maior facilidade de adequação à realidade da vida e de se caminhar, com eficiência, em busca do maior objetivo do instituto da responsabilidade civil, a reparação da vítima.

3.2. Dos obrigados à vigilância dos naturalmente incapazes

O Código Civil português, quando faz referência à incapacidade natural, baseia-se na menoridade, considerada a causa natural de incapacidade por excelência.¹⁸⁷

O significado de ‘incapacidade natural’ advém de pessoas carecidas de vigilância, em conformidade com o art. 491.º do Código Civil. Parece que é equivalente a ‘incapacidade de entender ou de querer’, do art. 488.º¹⁸⁸ do mesmo diploma.¹⁸⁹

O poder¹⁹⁰ que os pais têm sobre os filhos resulta de um dever de cuidar e vigiar a sua prole durante o estado imaturo da infância.¹⁹¹ Essa vigilância é simplesmente o complemento da educação,¹⁹² de fundamental importância nas primeiras fases da vida

¹⁸⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 417-8.

¹⁸⁷ VARELA, J. M. Antunes. *Das Obrigações em Geral*. v.1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.590.

¹⁸⁸ “ARTIGO 488º (Imputabilidade) 1. Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório. 2. Presume-se falta de imputabilidade nos menores de sete anos e nos interditos por anomalia psíquica.”

¹⁸⁹ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 372. Nota 928.

¹⁹⁰ Nesse diapasão, vide: “atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos: “O princípio, formulado no art. 36.º, n. 5 CREp, tem duas faces distintas. Trata-se, em primeiro lugar, de um poder *em relação aos filhos*, cuja educação é dirigida pelos pais (art. 1878.º, n. 1, CCiv), embora com respeito a personalidade dos filhos (arts. 1874.º, n. 1 e 1878.º, n. 2); quanto à liberdade religiosa, cfr. porém o art. 1866.º. Por outro lado, trata-se igualmente de um poder *em relação ao Estado*, ao qual pertence “cooperar com os pais na educação dos filhos” (art. 67.º, n. 2, al. c) CREp). Antes da Revisão de 1982, o art. 73.º, n. 2, parecia dar sugestão diversa, mas a sua doutrina devia entender-se em harmonia com a do art. 43.º, n. 2. Neste sentido podia argumentar-se com o art. 16.º, n. 2, CREp, sendo certo que o art. 26.º, n. 3, da Declaração Universal dos Direitos do Homem confere aos pais a “prioridade do direito de escolher o género de educação a dar os filhos.” COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. v. 1. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 171-2.

¹⁹¹ LOCKE, John. Segundo Tratado sobre o Governo. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2009. 45-6.

¹⁹² Vide o art. 1878 do código civil português: ARTIGO 1878º (Conteúdo do poder paternal) “1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua

do menor, protegendo-o, de forma a evitar que cause mal a si mesmo e aos outros devido ao seu estágio de imaturidade.

As pessoas atingidas pela obrigação de indenizar¹⁹³, no caso da falta de vigilância adequada, respondem por fato próprio e não por fato de outrem.¹⁹⁴ A responsabilidade prevista no art. 491.º do Código Civil português¹⁹⁵ só incide quando o dano¹⁹⁶ é causado a um terceiro e não quando é causado à pessoa que está a vigiar o incapaz ou seus bens.

O texto do art. 36.º, n. 5, da Constituição da República Portuguesa, traz conteúdo acerca das atribuições dos pais com relação aos direitos/deveres de instrução e manutenção dos filhos, segundo: um direito/dever natural a favor do filho, pois é de competência dos pais proverem a sua educação para a formação de sua personalidade;¹⁹⁷ um direito/dever face ao Estado, já que compete aos pais conduzirem a instrução de seus filhos para a convivência no meio social.

Também se destaca aqui o princípio da inseparabilidade dos filhos em face dos seus progenitores, assegurado no art. 36.º, n. 6, da Constituição da República Portuguesa, de maneira que só podem ser afastados nos casos previstos em lei, ou seja,

educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens. 2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.”

¹⁹³ Vide o que Angelo Chianale preconiza: “È ben noto che i genitori sfuggono dalla responsabilità se foniscono la duplice prova della idonea sorveglianza (come previsto dall’art. 2048, comma 3º, c.c) e dell’adeguata educazione impartita al figlio (come richiesto praeter legem dalla giurisprudenza).” “La prima regola tramuta la responsabilità delineata dal codice in un tipo di responsabilità oggettiva.” CHIANALE, Angelo. *Responsabilità dei Genitori*. Rivista di Diritto Civile. Anno XLII. n. 2. Marzo-Aprile. Padova: Cedam, 1996. p. 301.

¹⁹⁴ VARELA, J. M. Antunes. *Das Obrigações em Geral*. v.1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.590.

¹⁹⁵ ARTIGO 491º (Responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem) “As pessoas que, por lei ou negócio jurídico, forem obrigadas a vigiar outras, por virtude da incapacidade natural destas, são responsáveis pelos danos que elas causem a terceiro, salvo se mostrarem que cumpriram o seu dever de vigilância ou que os danos se teriam produzido ainda que o tivessem cumprido.” PORTUGAL. Código Civil. Disponível em: <<http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>>. Acesso em: maio-2013.

¹⁹⁶ O dano é considerado uma espécie de fatalidade que o lesado tem de suportar. GOMES, Júlio. *Responsabilidade Subjectiva e Responsabilidade Objectiva*. Revista de Direito e Economia. Ano XIII.Coimbra: RDE, 1987, p. 109.

¹⁹⁷ Vide o Artigo 1878.º, n.º 1 e 2 do Código Civil: “ARTIGO 1878º (Conteúdo do poder paternal) 1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.” E 2: 2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida. E os artigos 1874, n.º 1 ARTIGO 1874º (Deveres de pais e filhos) 1. Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência.”

quando deixarem de cumprir com suas obrigações, mas sempre mediante decisão judicial.¹⁹⁸

Essas vertentes vistas acima tratam basicamente de direitos dos pais. Observe-se agora, segundo a Constituição, aquelas que tratam de direitos dos filhos. São elas:

- a) O direito que os filhos têm a serem instruídos pelos seus pais, conforme os artigos 36.º, n.º 5, e 67.º, n.º 2, aliena c);
- b) O direito que os filhos têm a coabitar e conviver com os pais, ou seja, o direito a não serem deles afastados, previsto no artigo 36.º, n.º 6;
- c) O direito a serem afastados dos pais, quando estes não cumparam com as obrigações que lhes são confiadas, previsto no artigo 36.º, n.º 6;
- d) O direito a serem protegidos com vista à sua evolução, previsto no artigo 67.º, n.º 1.

Percebe-se, portanto, que a Constituição é atual no que tange ao fio condutor das responsabilidades parentais, protegendo adequadamente a criança

Como natureza jurídica da responsabilidade parental, pode-se destacar a função destinada a realizar o desenvolvimento, a educação e a proteção dos filhos menores, de maneira que não há uma regra definida de como se desenvolver essas situações.¹⁹⁹

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança estabelece algumas diretrizes quanto à educação, ao respeito e à responsabilidade:

- Art. 29. 1. Os Estados-Partes acordam em que a educação da criança deve destinar-se a:
- a. Promover o desenvolvimento da personalidade da criança, dos seus dons e aptidões mentais e físicos na medida das suas potencialidades;
 - b. Inculcar na criança o respeito pelos direitos do homem e liberdade fundamentais e pelos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
 - c. Inculcar na criança o respeito pelos pais, pela sua identidade cultural, língua e valores, pelos valores nacionais do país em que vive, do país de origem e pelas civilizações diferentes da sua;
 - d. Preparar a criança para assumir as responsabilidades da vida numa sociedade livre, num espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade entre os sexos e de amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e com pessoas de origem indígena;
 - e. Promover o respeito da criança pelo meio ambiente.

¹⁹⁸ Artigos 1915.º e 1918.º do Código Civil.

¹⁹⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 20-1.

A convenção sobre os direitos da criança, o Ministro do Conselho da Europa e a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança serviram de influência para a evolução dos termos nas responsabilidades parentais.

Os responsáveis detêm sobre o menor um dever de exigência e não apenas responsabilidades. Mudar isso seria cortar os laços existentes numa família.²⁰⁰ As relações familiares devem ser constituídas à base de respeito mútuo, de afeto, de respeito à autonomia do filho.

A função parental engloba, por sua vez, um rol de direitos/deveres fundamentais dos pais para com seus filhos, previsto no art. 36.º da Constituição, cujo maior intuito é a busca de coincidências de interesses entre pais e filhos, para que, com isso, possam-se alcançar relações familiares mais estáveis.²⁰¹

A obrigação de vigilância se estende para além das pessoas que detêm esse dever por força de lei,²⁰² como também para aquelas que se responsabilizam mediante negócio jurídico. Observa-se, no entanto, que a presunção de culpa foi alargada,²⁰³ pois o diploma anterior abrangia apenas aqueles que tinham a tutela e a vigilância legal.

Quanto aos tutores, aplica-se a tutela como meio de suprimento da responsabilidade parental e, no que toca aos maiores interditos, é aplicada como meio de suprimento da incapacidade, conforme art. 138.º e seguintes do Código Civil português.²⁰⁴ Desta forma e com esse intuito, o tutor tem o dever de substituir os pais

²⁰⁰ Irene Théry. *Couple, filiation et parenté aujourd'hui*. Paris: Éditions Odile Jacob, 1998. p. 190.

²⁰¹ A doutrinadora Maria Clara Sottomayor, acredita que esses direitos-deveres podem ser considerados uma dupla natureza dos direitos dos pais, e dessa forma, tentando conciliar a sua “finalidade altruística”, sempre a favor do interesse dos filhos e em seguida, dos pais. SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 20-1. Sobre esse assunto, vide LEITE DE CAMPOS. *Lições de direito da família e sucessões*, p. 369. Vide o art. 36.º da Constituição da República Portuguesa: “Artigo 36.º (Família, casamento e filiação) 1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. 2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração. 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos. 4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação. 5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. 6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. 7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação.”

²⁰² FARIA, Jorge L. A. Ribeiro de. *Direito das Obrigações*. v.I. Coimbra: Almedina, 2003. p. 470-1.

²⁰³ VARELA, J. M. Antunes. *Das Obrigações em Geral*. v.1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.590.

²⁰⁴ Assim, destaca-se o conteúdo do art. 138.º do Código Civil português- (Pessoas sujeitas a interdição) “1. Podem ser interditos do exercício dos seus direitos todos aqueles que por anomalia psíquica, surdez-

nas funções de cuidar do menor, representando e administrando os seus bens. Segundo o art. 1935.º do Código Civil²⁰⁵, o tutor tem, com algumas restrições, os mesmos direitos e obrigações dos pais.²⁰⁶

Se a criança não tiver discernimento em razão de uma demência, o seu comportamento danoso fará presumir um defeito de vigilância, o qual se liga à ocorrência do dano, e os responsáveis terão de assumir os possíveis prejuízos.²⁰⁷

É importante destacar que os limites de vigilância para com esses naturalmente incapazes variam conforme a sua idade,²⁰⁸ pois a liberdade dada pelos responsáveis a um menor de cinco anos de idade não é a mesma que pode ser dada a um menor de dezessete anos,²⁰⁹ por exemplo.²¹⁰

A responsabilidade dos obrigados à vigilância poderá ser afastada caso seja provado o devido cumprimento do dever de vigilância ou se for comprovado que o dano teria sido produzido mesmo que o dever tivesse sido cumprido corretamente.²¹¹

mudez ou cegueira se mostrem incapazes de governar suas pessoas e bens. 2. As interdições são aplicáveis a maiores; mas podem ser requeridas e decretadas dentro do ano anterior à maioridade, para produzirem os seus efeitos a partir do dia em que o menor se torne maior.” *Vide* ainda os atos proibidos ao tutor: Art. 1937 (Actos proibidos ao tutor): É vedado ao tutor: a) Dispor a título gratuito os bens do menor; b) Tomar de arrendamento ou adquirir diretamente ou por interposta pessoa, ainda que seja em hasta pública, bens ou direitos do menor, ou tornar-se cessionário de créditos ou outros direitos contra ele, excepto nos casos de sub-rogação legal, de licitação em processo de inventário ou de outorga em partilha judicialmente autorizada; c) Celebrar em nome do pupilo contratos que o obriguem pessoalmente a praticar certos actos, excepto quando as obrigações contraídas sejam necessárias à sua educação, estabelecimento ou ocupação; d) Receber do pupilo, diretamente ou por interposta pessoa, quaisquer liberalidades, por acto entre vivos ou por morte, se tiverem sido feitas depois da sua designação e antes da aprovação das respectivas contas, sem prejuízo do disposto para as deixas testamentárias no n.º 3 do art. 2192.º.

²⁰⁵ Nesse sentido, cfr o art. 1935º (Princípios gerais) “1. O tutor tem os mesmos direitos e obrigações dos pais, com as modificações e restrições constantes dos artigos seguintes. 2. O tutor deve exercer a tutela com a diligência de um bom pai de família.”

²⁰⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 405 (nota 05).

²⁰⁷ ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 94. Nota 253.

²⁰⁸ E assim: “por isso mesmo é que as concepções dominantes e os costumes influem na maneira de exercer a vigilância, de modo a não poder considerar-se culpado que, de acordo com eles, deixa certa liberdade às pessoas cuja vigilância lhes cabe.” FÁRIA, Jorge L. A. Ribeiro de. *Direito das Obrigações*. v.I. Coimbra: Almedina, 2003. p. 472.

²⁰⁹ Na jurisprudência alemã, a idade tem um papel fundamental. SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 410.

²¹⁰ FÁRIA, Jorge L. A. Ribeiro de. *Direito das Obrigações*. v.I. Coimbra: Almedina, 2003. p. 472.

²¹¹ VARELA, J. M. Antunes. *Das Obrigações em Geral*. v.1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.591.

Parte da doutrina italiana entende que o dever de vigilância é um trabalho educativo que visa corrigir comportamentos inadequados, para que, dessa forma, possa-se alcançar uma personalidade equilibrada

Pode haver ainda a cumulação de responsabilidades entre o incapaz e a pessoa que está obrigada a vigiá-lo, nos termos do art. 497.º da lei civil portuguesa.²¹² Observa-se que quando o menor possui bens materiais e o(s) seu(s) responsável(eis) não tem(ê) condições de arcar com os prejuízos, o dano será reparado com os próprios bens da criança, desde que não se tire dela o seu sustento.

No que diz respeito aos padrastos e madrastas, insta dizer que não são obrigados por lei a cuidar e a vigiar seus enteados pelo simples fato de estarem casados com os pais ou mães dessas crianças, salvo se houver uma obrigação contratual pré-estabelecida. Pode-se, nesse sentido, observar um julgado do Tribunal da Relação de Coimbra, cujo caso passa-se a narrar: um jornalista seguia numa camioneta para realizar determinado serviço profissional e foi atingido com uma pedra arremessada por um menor de nove anos de idade presente na varanda da casa em que vivia – a madrasta do menor estava presente no apartamento no momento do acontecido. O sinistrado intentou uma ação com fundamento da *culpa in vigilando* contra o pai do menor e sua madrasta, que excepcionou sua ilegitimidade e foi atendida na primeira instância. O Tribunal entendeu que em razão da ré não ser a mãe do menor, não deveria ser responsabilizada, e que ao pai pertencia, “de direito e de facto a tutela, a educação, a guarda e a vigilância no decorrer da sua vida cotidiana.”²¹³ As madrastas, portanto, não são obrigadas a vigiar os enteados, somente sendo responsáveis pela *culpa in vigilando* se assumirem tal compromisso mediante negócio²¹⁴ jurídico.²¹⁵

A obrigação de vigiar²¹⁶ os filhos decorre necessariamente do dever de lhes dar educação. A lei civil portuguesa exige a demonstração do dever de vigilância pautada na

²¹² ARTIGO 497º (Responsabilidade solidária) “1. Se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade. 2. O direito de regresso entre os responsáveis existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis.”

²¹³ In Acórdãos da Relação de Coimbra, A. Cunha, 4. Vol. p. 27.

²¹⁴ “Podem obrigar-se à vigilância dos menores, por negócio jurídico, os preceptores, mestres, diretores de estabelecimento de educação, enfermeiros, etc.” SOUSA, António Pais de; MATIAS, Carlos Frias de Oliveira. *Da Incapacidade Jurídica dos Menores Interditos e Inabilitados*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1983. p. 196. Mas ainda é sempre necessário que “em consequência do contrato, aquelas pessoas assumam a obrigação de vigilância, o que nem sempre está no ânimo dos contraentes.” SERRA, VAZ. *Responsabilidade de Pessoas Obrigadas a Vigilância*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. n. 85. p. 420 e ss.

²¹⁵ SOUSA, António Pais de; MATIAS, Carlos Frias de Oliveira. *Da Incapacidade Jurídica dos Menores Interditos e Inabilitados*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1983. p. 199.

²¹⁶ Cfr: “o exercício da vigilância, segundo a nossa jurisprudência, e quanto a nós bem, começa antes da produção do resultado danoso. Ora é precisamente aí que desempenha papel fulcral, a par dos simples conselhos e recomendações no sentido de evitar a comissão de certo dano, exercício, ainda, da vigilância

educação que lhes é dada. Basta que os progenitores comprovem que cumpriram com o dever legal nos casos em que houver dano comprovado.

Acredita-se que o poder judiciário tenha habilidades suficientes para julgar casos de responsabilidade civil, levando em conta o entendimento da doutrina e da jurisprudência, bem como de sugestões concretas existentes em relatórios sociais, para que, diante disso, possam tomar decisões cada vez mais próximas da realidade.

Decisões relativas à regulação do exercício das responsabilidades parentais buscam identificar ‘fatos’ demonstrativos de laços, tais como o afeto, o carinho e o cuidado, que unem as partes²¹⁷ (pais e filhos).

Devido ao grau de desenvolvimento das faculdades físicas, intelectuais, volitivas, morais e emocionais na fase da adolescência, não se podem cobrar dos responsáveis uma atuação totalmente direta, mas sim, uma atividade de controle e aconselhamento a esses menores em estágio de transição entre a infância e a vida adulta.

3.3 DA RESPONSABILIDADE DOS PAIS

3.3.1 Na constância do casamento

Durante a constância do casamento, em razão do compartilhamento de todos os deveres, os pais respondem solidariamente pelo pagamento de possíveis indenizações resultantes de fatos ilícitos cometidos pelos filhos menores contra terceiros. Esse caráter solidário resulta da observância literal do texto do art. 497.º, n. 1, do Código Civil português.²¹⁸ Percebe-se, então, que esse regime diz respeito às futuras dívidas resultantes de indenizações,²¹⁹ já que a vigilância do menor está a cargo dos progenitores. Incluída, assim, no exercício do poder paternal, conforme o art. 1878.º, n.

stricto sensu, a educação do incapaz, como um processo de construção da personalidade e carácter do menor.” ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 230-1.

²¹⁷ “A relação pai-mãe/filho exige proximidade, comunicação, prestação de cuidados (como a alimentação, com a saúde, com a higiene, com a segurança, com a definição e imposição de regras). Mas, para além de tudo isso, exige-se o “afecto”, que não é um *plus*, é um ambiente, é a “forma” de prestar todos aqueles cuidados. E, no entanto, é necessário um juízo global e muito “humano” da actuação dos progenitores.” XAVIER, Rita Lobo. *Responsabilidades Parentais no Século XXI. Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*. Ano 5, n. 10. Julho- Dezembro- 2008. Coimbra: Coimbra Editora. p. 18.

²¹⁸ ARTIGO 497º (Responsabilidade solidária) “1. Se forem várias as pessoas responsáveis pelos danos, é solidária a sua responsabilidade.”

²¹⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 429-30.

1 da lei civil portuguesa, essa solução é também a que mais se adéqua à finalidade da garantia de reparação da responsabilidade extra-contratual.

No que toca ao exercício conjunto das responsabilidades parentais, coloca-se em questão o seguinte problema: Se forem demandados ambos os pais, a exoneração destes deve ser apreciada de forma individual, ou a culpa de um dos pais onera o outro?²²⁰

A doutrina portuguesa²²¹ vem entendendo que, na constância do casamento, cada progenitor responde pela culpa do outro. No mesmo sentido, a doutrina francesa se posiciona, destacando que é difícil afastar a culpa de um dos pais, mesmo nos casos em que não esteja presente ao momento do ato que deu causa ao dano.

Essas posições significam passos relevantes para a superação do princípio da culpa, baseada numa ideia de garantia em relação a terceiros e numa igualdade de deveres dos pais, mesmo que um deles se encontre em lugar diferente do outro no momento da ocorrência do ato ilícito.²²²

Tendo ocorrido o dano na constância do casamento, os progenitores sujeitos ao regime de comunhão respondem com os bens comuns do casal, e, na falta ou insuficiência deles, respondem solidariamente com os bens²²³ próprios de qualquer um deles, como visto no art. 1695.º, n. 1, do Código Civil.

Já nos regimes de separação de bens, a responsabilidade dos cônjuges é conjunta, e não solidária, como no regime anterior, conforme preconiza o art. 1695.º, n. 2 da lei civil portuguesa.

²²⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 430-1.

²²¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 430-1.

²²² SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 430-1.

²²³ “O progenitor que tenha satisfeito a totalidade da indenização com os seus bens próprios adquire um crédito em relação ao outro relativamente a metade da dívida. Contudo, estas ações não são desejáveis enquanto os cônjuges vivem em comum, devendo antes ser deferidas para o momento da partilha, nos termos do art. 1697.º, n. 1, a não ser que vigore o regime de separação de bens.” SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 430-1.

3.3.2 Após a ruptura conjugal

Em casos de separação dos progenitores, a quem compete a guarda dos filhos? Compete aos responsáveis decidir com quem o menor residirá fixamente e, apesar de haver possibilidade de exercício da guarda alternada, não é a maioria dos pais que está de acordo com esse tipo de exercício.

Com as recentes alterações dos diplomas civil e processual civil, no momento em que a guarda é concedida ao guardião, percebe-se que o progenitor não guardião fica menos privilegiado.

Anteriormente à vigência da lei n. 61/2008, o exercício das responsabilidades parentais após o divórcio era apenas unilateral. Assim, uma vez judicialmente decidido o divórcio, apenas um dos progenitores, em geral a mãe, era quem exercia o poder parental.²²⁴

O Código Civil foi redigido em uma época que o divórcio era raro e que implicaria necessariamente num conflito insanável entre os pais, então concentrava-se todos os poderes nas mãos de apenas um dos progenitores,²²⁵ para se evitar que os filhos fossem vítimas dos desentendimentos deles.²²⁶

O decreto-lei n. 496/77, em seu art. 1906.º, estabelecia que em casos de divórcio o poder paternal era exercido apenas pelo progenitor detentor da guarda (a quem o filho fosse confiado). Dessa forma, o outro progenitor que não exercia essa tarefa apenas detinha o poder de vigiar a educação e as condições de vida que o filho se encontrava. E, desde se fosse decidido por sentença judicial, um acordo previamente estabelecido pelos progenitores no tocante à responsabilidade do não guardião pela

²²⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte. *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. V. VI. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2012. p. 536.

²²⁵ “É muito frequente que, com a dissolução do casamento, apareçam os ressentimentos, as disputas, as inseguranças afetivas em relação aos filhos. Afinal, é o momento em que duas pessoas adultas se dão conta que, lamentavelmente, não conseguiram continuar a construção de um projeto que, juntas, haviam feito. Evidentemente que, mesmo quando há consenso em relação a esse término, o que não é tão frequente quanto parece, é o momento de perda. As queixas recíprocas abrem espaço para uma espécie de “caça ao culpado”. IENCARELLI, Ana Maria Brayner. *Cuidado, Responsabilidade e Alienação Parental: Benefícios e Prejuízos. Interfaces com o Desenvolvimento Saudável e com a Patologia*. Cuidado e Responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2011. p. 18.

²²⁶ Sobre incumprimento do exercício das resp. parentais *vide* XAVIER, Rita Lobo. Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. p. 70-2.

administração dos bens do menor teria validade.²²⁷ Nos casos de progenitores que não são casados nem vivem numa união de fato, não se pode equipá-los, nem se prevalecer das regras existentes dos que vivem uma união conjugal. Sendo assim, a lei remete para as normas que os cônjuges devem seguir nos casos de divórcio (art. 1906 do Código Civil)²²⁸, por exemplo.²²⁹

Insta dizer que o artigo 1906.^o²³⁰ foi alterado pela lei de n. 84/95, de maneira que se permitiu a possibilidade dos pais optarem pelo exercício conjunto do poder paternal ou apenas de formularem acordos, no sentido de que determinados assuntos específicos fossem resolvidos e decididos entre ambos.²³¹

A lei n. 61/2008 introduziu importantes alterações nas regras que vigoravam o exercício das responsabilidades parentais em casos de dissolução conjugal. No que tange ao exercício em casos de divórcio, separação judicial, declaração de nulidade ou anulação do casamento,²³² a lei impõe que determinados assuntos sejam resolvidos entre

²²⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte. *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. V. VI. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2012. p. 536.

²²⁸ ARTIGO 1906.^o (Exercício do poder paternal em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento) 1. Desde que obtido o acordo dos pais, o poder paternal é exercido em comum por ambos, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do matrimónio. 2. Na ausência de acordo dos pais, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que o poder paternal seja exercido pelo progenitor a quem o filho for confiado. 3. No caso previsto no número anterior, os pais podem acordar que determinados assuntos sejam resolvidos entre ambos ou que a administração dos bens do filho seja assumida pelo progenitor a quem o menor tenha sido confiado.”

²²⁹ XAVIER, Rita Lobo. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 69-70.

²³⁰ Para Pinheiro: “Aparentemente com a intenção de levar à celebração de uma maior quantidade de acordos com vista ao exercício conjunto do poder paternal, a Lei n. 59/99, de 30 de Junho, voltou a modificar o art. 1906.^o, desta vez sem que houvesse qualquer inovação substancial. Procedeu-se praticamente a uma mera troca de números: a possibilidade de ser obtido aquele tipo de acordos passou a ser mencionada no n. 1, não tendo sido afastada a solução do exercício unilateral do poder paternal pelo progenitor a quem o filho for confiado, na falta e acordo dos pais, relegada agora para o n. 2.” PINHEIRO, Jorge Duarte. *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. V. VI. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2012. p. 536.

²³¹ PINHEIRO, Jorge Duarte. *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. V. VI. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2012. p. 536.

²³² Sobre o assunto, vide o Guia prático para a aplicação do novo Regulamento Bruxelas II (Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000): “Não se encontra prevista uma norma geral de competência em matéria matrimonial. Em contrapartida, o artigo 3.^o enumera vários critérios de atribuição da competência. Estes critérios são alternativos, não existindo portanto qualquer hierarquia entre eles. O artigo 3.^o do novo Regulamento Bruxelas II enumera sete critérios alternativos de atribuição da competência em matéria de divórcio, separação e de anulação do casamento. Estes critérios não

ambos os progenitores ou que a administração dos bens do filho seja confiada ao progenitor que ficar incumbido de realizar tal encargo, conforme previsto no art. 1906.º do Código Civil.

Nos casos de atribuição do exercício das responsabilidades parentais exclusivamente a um dos progenitores, não se pode esquecer de que o progenitor não guardião²³³ tem o direito de vigiar as condições de vida e a educação do filho e, conseqüentemente, tem direito a solicitar e receber de terceiros (por ex. estabelecimento

prevalecem uns sobre os outros e os cônjuges podem apresentar um pedido aos tribunais do Estado-Membro: (a) da sua residência habitual ou (b) da sua última residência habitual, na medida em que um deles aí resida, ou (c) da residência habitual de ambos os cônjuges, se apresentarem um pedido conjunto ou (d) da residência habitual do requerido ou (e) da residência habitual do requerente se este aí tiver residido pelo menos no ano imediatamente anterior à data do pedido, ou (e) da residência habitual do requerente se este aí tiver residido pelo menos no ano imediatamente anterior à data do pedido, ou (f) da residência habitual do requerente, se este aí tiver residido pelo menos nos seis meses imediatamente anteriores à data do pedido e se for nacional desse Estado-Membro ou (g) da nacionalidade de ambos os cônjuges (no caso do Reino Unido e da Irlanda, do “domicílio” comum). Os critérios são exclusivos, ou seja, um cônjuge que tem a residência habitual num Estado-Membro ou é nacional de um Estado-Membro (ou tem o seu “domicílio” no Reino Unido ou na Irlanda), só pode ser demandado noutra Estado-Membro com base no Regulamento. Exemplo: Um homem, que é nacional do Estado-Membro A, está casado com uma mulher que é nacional de um Estado-Membro B. O casal tem a sua residência habitual no Estado-Membro C. Após alguns anos, o seu casamento degrada-se e a mulher decide divorciar-se. O casal só pode apresentar o pedido de divórcio nos tribunais do Estado-Membro C nos termos do artigo 3.º se tiver a sua residência habitual neste Estado. A mulher não pode recorrer aos tribunais do Estado-Membro B com base no facto de ser nacional deste Estado, pois o artigo 3.º requer a nacionalidade comum dos cônjuges.” EUROPA. Guia prático para aplicação do novo regulamento Bruxelas II. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_pt.pdf>. Acesso em: Agosto-2014.

²³³ Caso julgado em que os dois progenitores, mesmo aquele que não detém a guarda do menor, serão responsáveis pelo dano ilícito ocorrido: 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.” Processo: REsp 777327 RS 2005/0140670-7 Relator(a): Ministro MASSAMI UYEDA; Julgamento: 17/11/2009; Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA; Publicação: DJe 01/12/2009.

escolar ou de ensino) todas as informações relativas ao percurso escolar, conforme art.1906.º, n. 2 e 6, do Código Civil. Destaca-se também a ocorrência de atos de urgência enquanto o progenitor não guardião estiver com o menor em sua companhia. Neste caso, deve agir de imediato e, em seguida, informar ao outro responsável que detêm a guarda, pois o mais importante é manter a saúde e integridade física do menor.

Percebe-se que foi observado o direito de se informar sobre os casos de urgência, mas a pergunta que se faz é: e o direito de ser informado? Neste caso, o progenitor não guardião tem o direito de exigir informações relativas à educação e às condições de vida do filho, e o detentor da guarda, o dever de prestá-las.

A regulação do exercício das responsabilidades parentais após o rompimento conjugal deve realizar-se depois de verificados os seguintes pressupostos estabelecidos no Código Civil:

- a) A existência de filhos menores;
- b) Que os progenitores estejam divorciados, separados judicialmente ou que tenha sido declarado nulo ou anulado o casamento, de acordo com os artigos 1905.º e 1906.º;
- c) Que os progenitores casados estejam separados de facto ou não tenham entre eles qualquer comunhão de vida, conforme os artigos 1905.º e 1906.º;
- d) Que os progenitores não tenham qualquer convivência marital, conforme aduz os artigos 1905.º e 1906.º.

Sobre a adequada vigilância dos menores, um caso interessante foi julgado pelo Tribunal da Relação de Coimbra. Diz respeito ao menor José e ao seu primo Martinho, respectivamente de cinco e sete anos de idade, que estavam a brincar com uma enxada, fingindo que estavam a cavar, imitando os pais. Em certo momento, o Martinho atingiu o José, causando-lhe graves lesões. Dessa forma, os pais de José processaram os progenitores de Martinho, acusando-lhes de omissão quanto ao dever de vigilância, já que o acidente ocorreu no terreiro em frente à casa dos pais de José.

O Tribunal constatou que enquanto o Martinho estava brincando no quintal, a sua mãe estava entretida com as atividades do lar, viu o seu filho passando com a enxada na mão e nada fez. Por isso, admitiu que a mãe poderia ter prestado atenção no fato, já que viu o filho passando, mesmo sem saber se ele estava brincando sozinho ou

acompanhado. Em seguida, julgou que a mãe não prestou atenção no que o filho estava fazendo, mas também nem podia, já que estava entretida com as atividades de casa e não podia presumir que o filho estava brincando com outro menor. Nesse sentido, ela não teria se omitido em seu dever de vigilância.²³⁴

Para alguns estudiosos,²³⁵ a decisão parece atual. Acredita-se que o dever de vigilância não pode ser exercido tão severamente e, pelo fato dos responsáveis terem outras ocupações, não se pode julgar que suas vidas se resumam exclusivamente aos cuidados do filho.

Nesse caso em específico, discorda-se da decisão do Tribunal e do entendimento dos autores, pois a mãe poderia ter tomado uma atitude para evitar o acontecido, já que viu o menor passando com a enxada na mão que, por si só, já é uma ferramenta não apropriada para crianças, devido ao grande risco de acidentes que ela pode ocasionar.

Há entendimentos no sentido de que, durante o período de visitas, o progenitor não detentor da guarda passaria a assumi-la temporariamente em conjunto com o exercício do poder paternal, incumbindo-lhe, portanto, o dever de vigilância. Poder-se-ia, então, dizer que seria o progenitor não guardião detentor de uma guarda temporária? Há divergência nesse sentido, embora a doutrina que mais predomine seja a de que o progenitor não guardião teria apenas o direito de visita.²³⁶

O direito de vigilância que é exercido pelo progenitor não guardião em relação ao menor deve abranger também o direito de vigiar a maneira pela qual o detentor da guarda realiza as tarefas relativas à vida do menor.²³⁷ Nesse entendimento, a obrigação de vigilância tem o intuito de proteger a criança, bem como funciona com o instituto da responsabilidade parental, presentes no texto da lei do artigo 1878.º do Código Civil, cujo maior objetivo é o melhor interesse do menor.

Será, portanto, no direito de visitas (momento em que há uma convivência entre o menor e o progenitor), que a obrigação de vigilância deve ser exercida, pois o

²³⁴ Acórdão de 20-10-1953, in Acórdão, A. Cunha. 11º vol. p. 40.

²³⁵ SOUSA, António Pais de; MATIAS, Carlos Farias de Oliveira. *Da Incapacidade Jurídica dos Menores Interditos e Inabilitados*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1983. p. 201.

²³⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 443.

²³⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 443.

responsável terá como fiscalizar as atividades do filho, de maneira que impeça um ato ilícito possível de ser cometido em face de terceiros.

Para se pensar em culpa *in vigilando* nas situações pós-rompimento conjugal, é necessário, antes de tudo, que o vigiado e o vigilante tenham uma convivência física no momento da ocorrência do ato ilícito. A falta de vigilância não deve ser repassada para o progenitor que não esteja com o menor no momento do ato, já que não conseguiria impedir nem coibir tal situação. No entanto, essas situações não são tão simples como parecem, pois abarcam tanto problemas ligados ao instituto da responsabilidade civil quanto de superação do princípio da culpa, da responsabilidade conjunta dos progenitores, da autonomia que o menor vai adquirindo com o passar dos tempos, dentre outros problemas.

Se os responsáveis optarem por compartilhar os poderes/deveres relativos à criança, há de ser levado em conta o tipo de educação dada por cada um dos progenitores, o tipo de morada e a situação financeira dos mesmos, pois se um dos deles permitir que o menor tenha uma boa educação, enquanto que o outro não fiscaliza nem ao menos mostra interesse pela vida escolar do filho, a situação começa a adentrar numa esfera de interesse público.

Outro aspecto merecedor de destaque é a análise das pessoas que vivem no mesmo ambiente que o menor, pois se sabe que o convívio influencia a personalidade de uma pessoa em desenvolvimento, e isso pode ser um problema a ser enfrentado pelos responsáveis. Assim, o progenitor que perceba a ocorrência dessa situação deve procurar solucionar o problema de forma amigável. Caso contrário, terá que resolvê-lo judicialmente.

No caso de pais separados de direito ou extrajudicialmente, aquele cônjuge que detiver a guarda do filho será o responsável por sua vigilância e qualquer ato que ele venha a praticar. Já nos dias de visita, a situação muda e a responsabilidade é transferida para o progenitor não guardião. No direito brasileiro, essa situação é conhecida como teoria do traspasso de responsabilidade, muita utilizada e que se baseia na ideia de que a responsabilidade traspassa-se com o menor, e, conseqüentemente, responde o progenitor que o tiver em sua companhia no momento que vier a cometer o ato ilícito.²³⁸

²³⁸ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade Civil do Incapaz*: Busca pela Harmonização do Sistema. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Ano XI, n. 10. Junho- Julho-2009. p. 92-3.

Aplica-se o brocardo *ad impossibilia nemo tenetur*, de maneira que não seria possível evitar o dano, já que o cônjuge não estava na companhia do menor. Mas, claro, a teoria do traspasso de responsabilidade não pode ser aplicada numa relação de confiança ou de favor familiar, por exemplo, ou nas situações de atribuição de cuidados a uma babá cuidar ou empregada da família. Nesses casos específicos, a responsabilidade dos cônjuges permanecerá inalterada.²³⁹

Há uma questão ainda muito divergente na doutrina. Seria a seguinte situação: Se no dia de visita de um dos cônjuges ele não cumpre o seu papel e não vai pegar a criança para passar com ele o dia, o menor ficará com o outro responsável, que será o responsável por qualquer ato que venha a praticar, já que permanece em sua companhia. Mas aqui não ocorre o traspasso. Esse, portanto, é o entendimento de alguns doutrinadores. Contudo, para outros, se por acaso viesse a ocorrer um fato danoso, este teria decorrido de uma falha na educação da criança, em razão do exercício das responsabilidades parentais ser compartilhado entre ambos os pais, sendo detentores de deveres ligados à sua educação, portanto seriam os responsáveis e teriam de arcar com a indenização. O fundamento dessa teoria é conhecido como culpa *in educando*.²⁴⁰

A jurisprudência, em princípio, não exonera a responsabilidade dos pais pelo fato de não haver coabitação no momento do dano, pois o filho pode vir a fugir da residência onde vive após uma discursão, ou até mesmo ser expulso de casa. Diferente ocorre se a coabitação cessa em hábitos regulares. A exemplo disso, pode-se descrever o fato do filho ter ido prestar serviços militares ou ter ido estudar em outra cidade que não seja a sua. E, ainda, não se pode esquecer do frequente caso da criança que frequenta a escola.²⁴¹ Nesse sentido, em alguns casos, a jurisprudência decidiu responsabilizar os pais pelos danos que viessem a ocorrer na escola devido a uma falta de educação familiar.²⁴²

²³⁹ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade Civil do Incapaz*: Busca pela Harmonização do Sistema. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Ano XI, n. 10. Junho- Julho-2009. p. 92-3.

²⁴⁰ SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade Civil do Incapaz*: Busca pela Harmonização do Sistema. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Ano XI, n. 10. Junho- Julho-2009. p. 92-3.

²⁴¹ ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 35-6.

²⁴² No ordenamento jurídico de alguns países, há uma presunção expressa da responsabilidade dos mestres em relação à seus alunos. Podem-se observar exemplos da legislação civil italiana, em seu art. 2048.º; da lei da indústria alemã, em seu § 127.º; do código francês²⁴², em seu art. 1384.º. Vale salientar que essa presunção é apenas no tempo e somente no período em que os menores estiverem aos cuidados dos seus mestres. FARIA, Jorge L. A. Ribeiro de. *Direito das Obrigações*. v.I. Coimbra: Almedina, 2003. p. 472.

Antes, nos casos de separação ou divórcio, apenas um dos pais que residia habitualmente com o menor. O outro apenas ficava temporariamente com o filho, e o exercício das responsabilidades parentais respeitantes aos atos da vida corrente do menor incumbia somente um dos pais. Ao outro, o progenitor não residente, competiria, quando muito, decidir sobre atos da vida corrente do filho no período de tempo em que este estiver consigo, sem violar as ‘orientações educativas mais relevantes’, que eram definidas pelo progenitor com quem o filho residia habitualmente, porém essa realidade vem sendo modificada.

Hoje, ambos os responsáveis decidirão sobre as questões de particular importância na vida do filho, e o progenitor não guardião deverá respeitar as ‘orientações educativas mais relevantes’.

Dessa forma, quando a criança estiver a residir temporariamente com o progenitor não guardião, este também deverá tomar decisões relativas à vida corrente do filho, mas, claro, sem interferência nas ‘orientações educativas’ repassadas pelo outro progenitor detentor da guarda. Cada progenitor é o primeiro interessado a saber em quais situações deverá ser solicitado o acordo do outro.²⁴³

E o que seriam questões de particular importância? São questões que podem ter relevância para uma pessoa, mas para outra não, apesar de se saber que existam algumas direções em que a jurisprudência segue e vem se utilizando como decisivas para a solução desses tipos de questões.

O artigo 1901.º do Código Civil, em seus números 2 e 3, faz referências às questões de particular importância que, anteriormente, eram também usadas na antiga redação. Destaca-se igualmente o antigo número 3, do artigo 1906.º, onde disciplinava que quando a responsabilidade parental fosse orientada por apenas um dos progenitores, os responsáveis tinham a possibilidade de acordar quais assuntos²⁴⁴ deveriam ser resolvidos entre ambos.²⁴⁵

²⁴³ XAVIER, Rita Lobo. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 66.

²⁴⁴ Estes “assuntos” ficavam indicados no acordo homologado pelo Tribunal, sendo referidas, principalmente, as deslocações para o estrangeiro, a escolha de estabelecimento de ensino e atividades extracurriculares, a prática de desportos radicais, e outros “assuntos” semelhantes. Poderá ser útil tentar exemplificar na sentença o tipo de actuações que exigirá o “exercício em comum”. XAVIER, Rita Lobo. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 67.

²⁴⁵ XAVIER, Rita Lobo. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 67.

Pode-se concluir que, se por um lado, deixou-se de usar como regra o exercício unilateral pleno das responsabilidades parentais, por outro, incluiu-se a regra do exercício unilateral em atos da vida corrente do menor. Ou seja, continua a antiga tradição, mas vista por outro ângulo.²⁴⁶

Um pai se divorcia de outro pai, não do filho.²⁴⁷ No entanto, não seria adequado dizer que a ruptura conjugal não venha a deixar sequelas numa criança e que não interfira nas responsabilidades parentais, pois, de qualquer modo, ambos deixam de residir conjuntamente.²⁴⁸

3.3.3 Possíveis alternativas para uma harmonização no sistema de guardas

Parece que utilizar-se do modelo de exercício alternado das responsabilidades parentais seja uma das formas de diminuir os impactos vividos no convívio entre pais e filhos.

Muitos doutrinadores argumentaram que o exercício alternado com mudança de endereço, em determinado lapso temporal prejudica o menor, já que não há alternativa para a criança senão a mudança constante de ambiente de convívio familiar, de quarto e, consequentemente, de casa.²⁴⁹ Dessa forma, pensa-se: é mais importante que o filho tenha um único espaço físico a vida inteira ou um pai ou mãe que queiram estar presentes, mas que não podem viver na mesma residência por motivos pessoais de dificuldades de relacionamento. E mais! Numa época em que as crianças desde muito cedo ficam em infantários, creches, casas de avós e amigos, será que seria razoável proibi-las de ficarem alguns meses com o pai e outros meses com a mãe? Cita-se o

²⁴⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte. *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. V. VI. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2012. p. 539.

²⁴⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte. *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. V. VI. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2012. p. 537.

²⁴⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte. *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. V. VI. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2012. p. 538.

²⁴⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte. *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. V. VI. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2012. p. 539-540-1.

lapso temporal de meses apenas para efeito exemplificativo, mas pode ser utilizado qualquer tempo em concreto, desde que se tenha acordado previamente.²⁵⁰

Observa-se quatro fortes razões que fazem do exercício alternado das responsabilidades parentais uma das mais apropriadas, senão a mais adequada opção a seguir, nos casos de ruptura conjugal:

1. É um modo de tentar dar à criança dois pais, em vez de um só ou de um e meio.
2. É uma forma de organização que contribui para criar uma cultura autêntica de partilha das responsabilidades entre os dois pais.
3. É a modalidade que satisfaz o princípio da igualdade entre os progenitores, imposto pelos arts. 36, n. 5 e 13 da Constituição da República Portuguesa, e pelo art. 18, n. 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança.
4. É, a par do chamado “Bird’s Nest Arrangement”, a forma de organização que melhor se adequa ao princípio de que os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumprem os seus deveres fundamentais para com eles (art. 36, n. 6 da Constituição da República Portuguesa).²⁵¹

A lei n. 61/2008 conferiu um modelo que permite aos pais uma maior partilha de responsabilidades parentais entre eles, mas o que antes eram considerados problemas, hoje são vistos por outro ângulo. Anteriormente, havia de se determinar quem era o progenitor guardião. Agora, há de se determinar quem será ou serão os progenitores residentes.

Quanto às visitas, anteriormente tinha de se definir qual o regime de visitas a ser feito pelo progenitor não guardião. Hoje em dia, há de se definir o tempo de contato entre o filho e o progenitor não residente e suas obrigações com relação aos alimentos, caso a guarda não seja alternada.²⁵²

No contexto do exercício das responsabilidades parentais, o Tribunal, entre as relações dos progenitores entre si e a relação do progenitor não residente com o menor, deve acatar as situações inerentes ao conflito parental, decidindo, se necessário, pelo

²⁵⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte. *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. V. VI. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2012. p. 539- 540-1.

²⁵¹ PINHEIRO, Jorge Duarte. *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. V. VI. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2012. p. 539- 540-1.

²⁵² PINHEIRO, Jorge Duarte. *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. V. VI. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2012. p. 538.

exercício exclusivo das responsabilidades parentais em favor de um dos progenitores, nas situações em que estiverem evidenciados conflitos parentais.²⁵³

Para Maria Clara Sottomayor, o estabelecimento da residência do menor²⁵⁴ junto a um dos pais é a situação/regra estabelecida, mas essa situação vem sendo alterada, pois, cada vez mais, os responsáveis estão a optar pelo exercício da guarda conjunta ou alternada para um maior envolvimento com o filho.

O fato de se compartilhar a vida do filho de uma maneira natural faz com que o grau de satisfação dos pais e filhos fique elevado. Dessa forma, os menores não terão de escolher com quem quer ficar, distanciando-se de conflitos que possam vir a ocorrer, pelo fato de uma escolha de guarda do tipo unilateral – termo usado no Brasil – ou exclusiva – termo usado em Portugal –, na qual a criança terá de ficar com apenas um dos progenitores.

Deve a criança, para um desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, crescer num ambiente familiar em clima de felicidade, amor e compreensão, sendo educada num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade e solidariedade, com vistas a ser preparada para viver em sociedade. Dessa forma, constatou-se que ao tratar de crianças e adolescentes em busca de seus interesses, deve-se procurar minorar os danos causados pelo fim do relacionamento dos pais, pois uma criança que é bem criada tende a aprender a ser afetuosa. Assim, devem-se sempre ser levadas em consideração as condições para amenizar os abalos sentimentais e psicológicos que uma criança ou adolescente sofrem quando da ocorrência da separação dos pais. Deve-se, ainda, preservar a relação entre pais e filhos, independente da relação entre os progenitores.

Espera-se que a guarda conjunta ou alternada seja a opção prioritária no momento da separação conjugal, para que, dessa forma, um progenitor possa dividir

²⁵³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 26.

²⁵⁴ Para a doutrinadora portuguesa: “O MP deve requerer, no processo de regulação das responsabilidades parentais, uma medida de promoção e proteção de crianças em perigo, ao abrigo do art. 148.º, n. 3, al. b) da OTM, solicitando a medida de confiança a pessoa idónea (art. 35.º, al. c) da LPCJP) e a confiança da guarda e do exercício das responsabilidades parentais a terceira pessoa ao abrigo do art. 1907.º do C.C. Se a criança estiver em perigo, nas circunstâncias descritas no art. 1918.º e 3.º da LPCJP, ou se tal solução for no seu melhor interesse, por exemplo, porque desde tenra idade está confiada de facto à guarda e cuidados de terceiros. Nestes casos, haverá uma conjugação entre as decisões que apliquem medidas tutelares cíveis e as medidas de proteção da criança (art. 148.º da O.T.M.) ou uma apensação do processo de regulação das responsabilidades parentais ao processo de promoção e proteção da criança (art. 154.º, n. 1 da O.T.M.), sendo competente o Tribunal do processo que tiver sido instaurado em primeiro lugar.” SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 20-30.

com o outro a atenção, os cuidados e as obrigações de vida do filho. Acredita-se ainda que, nesta hipótese, há possíveis diminuições de ocorrência de casos de síndrome da alienação parental, e facilita-se a identificação de quem serão os responsáveis quando da ocorrência de um ato ilícito praticado por um menor.

3.3.4 Pressupostos de aplicabilidade do art. 489.º do Código Civil português e possíveis alternativas para uma harmonização no sistema da responsabilidade civil por atos ilícitos cometidos por filhos menores

O texto presente no art. 489.º do Código Civil é objeto de dúvida quanto à sua interpretação e aplicabilidade. Pode haver razões de equidade a justificar essa aparente solução de um inimputável ser responsável civilmente.

Suponha-se que o menor tenha muitos bens e o lesado não possua nada, sendo elevado o montante dos danos a ressarcir em razão do ato praticado. Em situações desse tipo, já que seria ‘iníquo’ ter de ser o próprio lesado a suportar os danos que sofreu, a equidade pode se fundar em uma indenização a cargo do inimputável – indenização que só é devida no caso de não ser possível obtê-la por parte dos ‘vigilantes’ do incapaz. Entretanto, sabe-se que na vida prática isso é difícil de acontecer, pois, na maioria das vezes, se os pais não possuem bens, o menor também não os terá.²⁵⁵

Parte-se do princípio de que ‘quem parte paga’. Dessa maneira, para proteger as vítimas, que são o principal ponto de proteção da responsabilidade civil, é necessário que outras pessoas fiquem encarregadas de responderem tal encargo. Por esse motivo que foram criadas a culpa *in vigilando*, e por outras doutrinas estrangeiras, a culpa *in educando*.²⁵⁶ Então, qual seria o alcance prático desse dever? A lei não descreve até que ponto nem o limite estabelecido para desse dever, mas coube à jurisprudência, com base em parâmetros legais, definir uma orientação que seja de certo modo constante, para,

²⁵⁵ Humberto Theodoro Júnior aduz que: “É aceito pela melhor doutrina e prevalece na jurisprudência o entendimento de que a execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana. Não pode a execução ser utilizada como instrumento para causar a ruína, a fome, e o desabrigo do devedor e sua família, gerando situações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.”²⁵⁵JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. vol. II. São Paulo: Forense, 2010, p. 129. Assim, quando os genitores não dispuserem de meios suficientes para indenizar, não haverá excussão de seus bens, recaindo o dever de ressarcir sobre o menor. A impossibilidade de indenizar não afasta a responsabilidade dos pais, mas apenas suspende a exequibilidade de eventual condenação.

²⁵⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 412-13.

assim, proteger o princípio da segurança jurídica.²⁵⁷ Todavia, tem sido observado e questionado o comportamento, não só das crianças carecidas de vigilância, como também dos próprios vigilantes,²⁵⁸ para que assim se tente chegar mais próximo de uma resposta para o acontecido.²⁵⁹

Por influência de modelos de vários Estados da Europa, em especial, da França e da Alemanha, deu-se preferência pela culpa presumida e pela responsabilidade primária do vigilante.²⁶⁰ Do sistema jurídico alemão, seguiu-se a mesma referência, que posteriormente foi redigida pelo atual artigo 491.º da legislação portuguesa.²⁶¹

Ainda com relação aos dois modelos anteriormente citados, a lei civil da França,²⁶² em seu artigo 1384.º, estabelece um limite para com as pessoas que poderão

²⁵⁷ ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 14.

²⁵⁸ “O fundamento da responsabilidade dos progenitores radicou, até meados do século XX, pelos dados do direito positivo, numa culpa própria quanto à existência de uma conduta deficiente dos pais, justificando a consagração legal de uma presunção de culpa dos mesmos. Explicação reafirmada com a alteração emergente da mencionada lei de 1970: o pai e mãe serão responsáveis solidariamente enquanto exercem o direito de guarda. Ora, o direito e o dever de guarda, atributos do poder paternal, envolvem, naturalmente, o direito e o dever de vigiar e educar.” ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 35.

²⁵⁹ ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 14.

²⁶⁰ “Por via do primeiro modelo, adoptou-se solução semelhante nos países africanos de colonização francesa e nos Estados onde o ensino jurídico francês teve influência, como a Etiópia. Através do direito espanhol, a resposta do ordenamento francês chegou ainda à América Central e do Sul.” ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 27.

²⁶¹ ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 27.

²⁶² Article 1384 Code Civil : “On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable.

Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil.

Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ;

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance.”

arcar com possíveis prejuízos. Já a lei civil alemã indica que são responsáveis²⁶³ todas as pessoas obrigadas por lei ou contrato, em razão da menoridade ou incapacidade destas.²⁶⁴

As pessoas que por lei²⁶⁵ ou negócio jurídico forem obrigadas a vigiar outras são responsáveis pelos danos causados a terceiros. A exceção acontece se comprovarem que cumpriram corretamente o seu dever de vigilância pela *culpa in educando* ou comprovarem que os danos teriam acontecido, ainda que o tivessem cumprido, conforme destaca o art. 491.º do Código Civil. Esse mesmo artigo apresenta um *facti-species* complexas, formada por uma omissão das pessoas obrigadas a vigilância de outra e somado por um ato ilícito praticado pelo menor. Essa disposição legal foi redigida seguindo o modelo germânico, sendo caracterizada pela amplitude²⁶⁶ de sujeitos obrigados a indenizar.²⁶⁷

Sendo assim, a lei portuguesa apresenta uma maior capacidade de se adaptar às realidades da vida e prosseguir com mais êxito o objetivo de política social e econômica presentes no instituto da responsabilidade civil.²⁶⁸ Apesar disso, o conteúdo presente no artigo 489.º ainda não transmite segurança quanto a sua aplicabilidade, gerando uma situação um pouco confusa e pouco usada na prática civil.

²⁶³ “Mas mesmo no âmbito da responsabilidade pelo comportamento danoso dos menores ressaltam as diferenças quanto aos actos que fundamental a responsabilidade do vigilante, no tocante à extensão da presunção (abrangendo apenas a adequada vigilância ou exigindo a prova de uma correcta educação) e quanto à posição assumida pela jurisprudência a propósito da exclusão do dever de indemnizar.” ANTUNES, Henrique Sousa. Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 27.

²⁶⁴ ANTUNES, Henrique Sousa. Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. p. 27.

²⁶⁵ Para Sottomayor: “O funcionamento da presunção legal de culpa consagrada no art. 491.º do C.C. pressupõe a existência de uma obrigação de vigilância a cargo de um sujeito, a prática de um facto ilícito por parte de outro abrangido por uma incapacidade natural e a produção de um dano em relação a um terceiro.” SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995. p. 405.

²⁶⁶ Artigo 488.º (Imputabilidade)- “1. Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório. 2. Presume-se falta de imputabilidade nos menores de sete anos e nos interditos por anomalia psíquica.”

²⁶⁷ E ainda “o legislador recorreu à técnica da presunção legal para libertar o lesado do ónus da prova da culpa das pessoas obrigadas à vigilância, circunstância que aumenta inevitavelmente os casos de responsabilidade destas.” SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Actos Ilícitos Praticados pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito. v. LXXI. Coimbra, 1995. p. 404.

²⁶⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Actos Ilícitos Praticados pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito. v. LXXI. Coimbra, 1995. p. 407.

Já em relação à responsabilidade civil dos pais pelos atos ilícitos cometidos pelos filhos menores, após o rompimento conjugal, parece não ser adequado que o progenitor guarda seja sempre o onerado quando o menor vier a cometer um ato ilícito na companhia e estadia com o progenitor não guardião, e esse ato venha atingir uma terceira pessoa. As estadias decorrentes de visitas podem ser curtas ou prolongadas, tomando, durante estes períodos, as decisões correntes da vida cotidiana do menor. A partir do momento que a guarda passa a ser conjunta ou alternada, deve ser onerado a ressarcir possíveis danos o progenitor que estiver com a criança em sua companhia, seja nos períodos de visita ou nos períodos que o menor estiver residindo na casa do outro responsável, se a guarda for alternada. Então, não se justifica a responsabilidade de uma pessoa que nem teve a oportunidade de prevenir a conduta ilícita.

Entende-se que, durante as visitas, o progenitor não guardião assumiria transitoriamente a guarda do menor e exerceria a responsabilidade parental. Contudo, não há uma uniformidade na orientação da jurisprudência em relação a esse entendimento, desenhando-se uma tendência para dificultar a exoneração dos pais, devido à preocupação social crescente com a posição da vítima e ao princípio de que todos os danos devem ser reparados. Acredita-se que uma possível inclusão de proteção no texto legislativo com relação aos progenitores guardião e não guardião seria uma das maneiras de se evitar tantos desentendimentos e um elevado número de demandas no que diz respeito ao direito de regresso entre um progenitor e outro.

CONCLUSÕES

Sabe-se que a família é a base da sociedade, considerada como um dos mais antigos grupos formados por pessoas em toda a história. Com o passar dos tempos, teve sua estrutura modificada, porém nunca deixou de exercer sua finalidade protetora e, a cada dia, esta característica se intensifica.

O tempo trouxe ainda mudanças no que tange às relações familiares. Supera-se o modelo ‘autoritarista’, referente ao progresso poder familiar, e passa-se a utilizar o modelo de ‘poderes/deveres’ – que devem ser exercidos em conjunto pelos progenitores em relação aos filhos. A igualdade entre os cônjuges vem conquistando seu espaço e, com isso, o papel de educar dos pais passa a ser exercido de forma mais igualitária que em tempos passados, o que propicia um maior equilíbrio para as relações familiares.

A partir da vigência da lei 61/200, a expressão ‘poder paternal’ deixa de ser usada na legislação portuguesa. Passa-se, então, a utilizar o termo ‘responsabilidades parentais’ para se fazer referência às relações entre pais e filhos. É necessário dizer que a evolução do termo afastou o sentido original de exacerbação do poder paterno em relação aos demais integrantes da família. Com efeito, as relações familiares tornaram-se mais participativas e mais colaborativas.

Os pais têm a obrigação de vigilância sobre os menores incapazes, e esse dever se estende ainda para aquelas pessoas que se responsabilizam em cuidar de outra mediante negócio jurídico. Observa-se, no entanto, que, tendo em vista o diploma anterior abranger apenas aqueles que tinham a tutela e vigilância legal, a presunção de culpa foi alargada. O tipo de responsabilidade que os pais têm diante dos menores está diretamente relacionado com o exercício das responsabilidades parentais. Devem cumprir com a devida vigilância para que os filhos não venham a cometer atos ilícitos que eventualmente causem danos a terceiros.

De acordo com a doutrina portuguesa, grande parte dos atos ilícitos praticados pelos menores é resultante de uma falta de vigilância adequada por parte dos responsáveis. Por isso, a responsabilidade civil, neste caso, é subjetiva, baseada na culpa *in vigilando* e não na culpa *in educando*. Os pais, se comprovarem que os danos teriam acontecido ainda que o dever de vigilância tivesse sido cumprido, serão eximidos desta culpa.

Atualmente, o instituto da responsabilidade civil perdeu seu caráter sancionatório para assumir a função reparatória do dano. Assim, a presunção de culpa tem um significado maior que uma simples inversão do ônus da prova.

Durante a constância do casamento, os pais são solidariamente responsáveis pelo pagamento de possíveis indenizações a terceiros, resultantes de atos ilícitos cometidos pelos filhos que estejam em situação de menoridade, mesmo que por outros motivos seja comprovado que um dos progenitores não estivesse presente no momento da ocorrência do ato.

Após a ruptura conjugal, a responsabilidade dos pais dependerá do tipo do exercício de guarda em que os progenitores serão submetidos. Se, por um lado, houve uma diminuição na prática do exercício unilateral pleno das responsabilidades parentais, por outro, incluiu-se a regra do exercício unilateral em 'atos da vida corrente do menor'.

O exercício da guarda exclusiva/unilateral geralmente não atende as necessidades das demandas familiares. O impedimento do convívio entre o progenitor não guardião e a sua prole se distancia do exercício igualitário estabelecido no ordenamento jurídico português. As consequências, portanto, são negativas para o progenitor não guardião e, principalmente, para os filhos.

Para a aplicação da guarda conjunta/compartilhada é necessário que haja uma relação de respeito e harmoniosa entre os progenitores. Apenas na vivência de um relacionamento saudável entre os pais é que a prole poderá se beneficiar com a adoção desse instituto.

A escolha do modelo de guarda poderá ser proposta pelos pais, entretanto o juiz só poderá homologar a escolha depois de analisar a estrutura da relação familiar. Isso é uma maneira de se assegurar que o modelo escolhido se adapte melhor à família. Apesar disso, na maioria das vezes, o acordo entre os progenitores resulta numa maior chance de obtenção de êxito no caso concreto.

A escolha, por parte dos progenitores, em exercer o exercício da guarda compartilhada/conjunta ou alternada diminui notavelmente os casos de síndrome de alienação parental e, ao mesmo tempo, permite a vivência e a aproximação do menor com ambos os progenitores.

Já com relação às visitas, acredita-se que, na prática, vêm sendo objeto de discussões pela doutrina e jurisprudência, pois não pode o progenitor guardião ter de

arcar sempre com os danos decorrentes de atos ilícitos cometido pelos menores, sem a existência de sua presença física no local que ocorreu o ato. Parece-nos, que nesse caso, a falta de vigilância decorreu do outro progenitor que estava na presença do menor no momento. Essas situações de visita decorrem do pós-rompimento conjugal, já que se assim não fosse, não haveria o que discutir, já que a culpa seria de ambos os responsáveis, mesmo que um dos pais não estivesse presente fisicamente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O Reconhecimento Legal do Conceito Moderno de Família. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/26887/reconhecimento_legal_conceito_moderno.pdf?sequence=1> Acesso em: agosto-2014.

ANTUNES, Henrique Sousa. *Responsabilidade Civil dos Obrigados à Vigilância de Pessoa Naturalmente Incapaz*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2010.

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda Compartilhada*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. Estudo sobre Direitos Humanos da Família. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. Ano 8. n. 15. Franca: Unifran, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Disponível em <http://www.tjsc.gov.br>. Acesso em: julho-2014.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: agosto-2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Agravo de Instrumento 70007822257AI – 7ª Câmara Cível – Rio Grande do Sul – Rel. Maria Berenice Dias –

Julgado em 31/03/2004, DJ 08/05/2004. Disponível em: <http://www.tjrs.gov.br>.. Acesso em: julho-2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Cível 70007133382APC – 7ª Câmara Cível – Rio Grande do Sul – Rel. Maria Berenice Dias – Julgado em 29/10/2003, DJ 07/11/2003 Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: julho-2104.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BRUNO, D. D. Guarda compartilhada. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese. v III, n. 12, 2002.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V.A. *O direito geral de personalidade*.Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

CARLETTI, Almilcare. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2000.

CASABONA, Marcial Barreto. *Guarda Compartilhada*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

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

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Coimbra: Almedina, 2010.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CUTSEM, Chantal Van. *A Família Recompоста: Entre o desafio e a incerteza*. Trad. Cristina Reis. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

CUNHA, Matheus Antônio da. O conceito de família e sua evolução histórica. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 27 Set. 2010. Disponível em: <<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica.html>>. Acesso em: maio-2014.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. v. 1. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. Família: do Autoritarismo ao Afeto. Como e a quem indenizá-lo? *Revista da Faculdade de Direito da Pontifca Universidade Católica do Rio Grande do Sul: Direito & Justiça*. v.1.n.1. Julho. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

CHIANALE, Angelo. *Responsabilità dei Genitori*. Rivista di Diritto Civile. Anno XLII. n. 2. Marzo- Aprile. Padova: Cedam, 1996.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. Guarda dos Filhos na Separação. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/Artigo%20-%20A%20Guarda%20dos%20Filhos%20na%20Separa%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: julho-2014.

DEUTSCHLAND. Bundesministerium der Justiz. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>>. Acesso em: dezembro-2013.

DAIBERT, Jefferson. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 334.

DIAS, Maria Berenice. *Síndrome da alienação parental, o que é isso?* *Júris síntese*, nº 61, set/out de 2006.

ESPAÑA. Generalitat de Catalunya: Departament de Justícia. Código Civil. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T7.htm>>. Acesso em: dezembro-2013.

EUROPA. Guia prático para aplicação do novo regulamento Bruxelas II. Disponível em:<http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_pt.pdf>. Acesso em: Agosto-2014.

FARIA, Jorge L. A. Ribeiro de. *Direito das Obrigações*. v.I. Coimbra: Almedina, 2003.

FRANCE. Code Civil. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: dezembro-2013 Texto original. Art. 372. Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale.

FRANCE. Legifrance- La Service Public de la Diffusion du Droit: Code Civil. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>>. Acesso em: dezembro-2013.

FEVEREIRO, Andreia Filipa Vicente. A Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais em Caso de Divórcio. Disponível em: <<http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/400/1/RESPONSABILIDADES%20PARENTAIS%20-%20Andreia%20Fevereiro.pdf>>. Acesso em: outubro-2014.

FIALHO, Antônio José. Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais. Disponível em: <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/GuiaDivorcioRespParent_v103.pdf>. Acesso em: junho-2014.

EUROPA. Guia prático para aplicação do novo regulamento Bruxelas II. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_pt.pdf>.

Acesso em: Agosto-2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Família no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GIL, Carlos Antônio. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 1991.

GOMES, Júlio. *Responsabilidade Subjectiva e Responsabilidade Objectiva*. Revista de Direito e Economia. Ano XIII. Coimbra: RDE, 1987.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3 ed. São Paulo: RT, 2005.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Repensando a pesquisa jurídica*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ITALIA. Costituzione Della Republica Trattati Comunitari Altalex. *Codice Civile Italiano*. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Lib1.htm>. Acesso em: dezembro-2013.

IENCARELLI, Ana Maria Brayner. *Cuidado, Responsabilidade e Alienação Parental: Benefícios e Prejuízos. Interfaces com o Desenvolvimento Saudável e com a Patologia*. Cuidado e Responsabilidade. São Paulo: Atlas, 2011.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. II. São Paulo: Forense, 2010.

LÔBO, Paulo. Famílias Contemporâneas e as Dimensões da Responsabilidade. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 0. Outubro- novembro. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes: A doutrina do direito e a doutrina da virtude*. Trad. Edson Bini. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

MAMEDE, Gladston. *O Trabalho Acadêmico no Direito: Monografias, Dissertações e Teses*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MARTINS, Rosa Cândido. *Responsabilidades parentais no século XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais*. *Revista Portuguesa de Direito da Família: Lex Familiae*. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 5- n. 10. Julho-dezembro-2008.

MARTINS, Rosa. *Menoridade, Incapacidade e Cuidado Parental*. Centro de Direito da Família. n. 13, setembro-2008. Coimbra: Coimbra Editora.

MARTINS, Rosa. Responsabilidades parentais no século XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais. *Revista Portuguesa de Direito da Família: Lex Familiae*. Coimbra: Coimbra Editora. Ano 5. n. 10. Julho-dezembro-2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDEIROS, Noé de. *Lições de Direito Civil: Direitos de Família; Direito das Sucessões*. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições, 1997.

MONTEIRO, Jorge Sinde. *Responsabilidade Civil e Direitos Familiares Conjugais: Pessoais e Patrimoniais*. Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro. n. 277/279. Janeiro-Junho, 1999.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NOGUEIRA, Oracy. *Família e Comunidade*. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais, 1962.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. A Família: Conceito e evolução histórica e sua importância. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>>. Acesso em: maio-2014.

ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm>>. Acesso em: agosto-2014.

OEA. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-52.htm>>. Acesso em: agosto-2014.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de Direito da Família*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

OLIVEIRA, Raquel Gusmão. Funções e transformações da família ao longo da história. Disponível em: <<http://www.abpp.com.br/abppprnorte/pdf/a07Simionato03.pdf>>. Acesso em: maio-2014.

PAULO, Beatrice Marinho. Em Busca do Conceito de Família: Desafio da Contemporaneidade. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 0. Outubro- novembro. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

PARDOLESI, Paolo; DIMATTIA, Marina. *Responsabilità dei genitori per l'illecito dei minori: un esercizio di precomprensione? Danno e Responsabilità- Mensile di responsabilidade civile e assicurazioni*. Anno XV- Direzione e redazione- Strada 1 Palazzo F6- 20090 Milanofiori Assago (MI). n. 2, 2010.

PERIN, Vanessa. O Poder Familiar. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-poder-familiar/68575/>>. Acesso em: maio-2014.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. v. VI. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra Editora, 2012.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *A guarda conjunta de menores no direito brasileiro*. vol. 36. Porto Alegre: Ajuris, 1986.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: outubro-2014.

PORTUGAL. Código Civil. Disponível em: <<http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>>. Acesso em: maio-2014.

PORTUGAL. Lei da Liberdade Religiosa. Procuradoria- Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=806&tabela=leis>. Acesso em: outubro-2014.

PORTUGAL. Código de Registo Civil. Procuradoria- Geral Distrital de Lisboa. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=682&pagina=2&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>. Acesso em: outubro-2014.

PORTUGAL. Código Penal. Disponível em:
<<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/portugal.penal.95.pdf>>.

Acesso em outubro-2014.

QUEIROGA, Antônio Elias de. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAMOS, Rogério. *Minidicionário Luft*. São Paulo: Editora Ática, 2001.

REDE JUDICIÁRIA EUROPEIA EM MATÉRIA CIVIL E COMERCIAL. Responsabilidade Parental- Direito Comunitário. Disponível em:
<http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_pt.htm>. Acesso em:
agosto-2014.

RIBEIRO, Alcina Costa. *Autonomia da Criança no Tempo de Criança*. Estudos em Homenagem a Rui Epifânio. Coimbra: Almedina, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RODRIGUES, Hugo Manuel Leite. *Questões de particular importância nas responsabilidades parentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O Conceito de Família e suas Implicações Jurídicas*: teoria sociojurídica do direito de família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Disponível em:
<<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>>. Acesso em: agosto-2014.

ROSO, Jayme Vita. *A Ética da Família e as Relações de Poder*. Uma Tentativa de Visão Judaica. Rio de Janeiro: IMAGO, 2003.

SANTOS, Severino Augusto dos. *Introdução ao Direito Civil: Ius Romanum*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do Pátrio Poder*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SIMIONATO, Marlene Aparecida Wischral; OLIVEIRA, Raquel Gusmão. Funções e transformações da família ao longo da história. Disponível em: <<http://www.abpp.com.br/abppprnorte/pdf/a07Simionato03.pdf>>. Acesso em: maio-2014.

SILVA, José Afonso da. Direitos Humanos da Criança. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 26. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. Coimbra: Almedina, 2011.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *A Responsabilidade Civil dos Pais pelos Factos Ilícitos Cometidos pelos Filhos Menores*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. V. LXXI. Coimbra, 1995.

SOUSA, António Pais de; MATIAS, Carlos Frias de Oliveira. *Da Incapacidade Jurídica dos Menores Interditos e Inabilitados*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1983.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico Conciso*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade Civil do Incapaz: Busca pela Harmonização do sistema*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Ano XI, n. 10. Junho- Julho-2009.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

TORRES, Antônio Maria M. Pinheiro. *Em Defesa dos Direitos da Família*. Lisboa: Rei dos Livros, 1999.

UNITED KINGDOM. The Nacional Archives: Children Act. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>>. Acesso em: dezembro- 2013.

VARELA, J. M. Antunes. *Das Obrigações em Geral*. v.1. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

VIANA, Marco Aurélio S. *Direito Civil: Direito de Família*. v.2. 2. ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 1988.

VILELA, Lucas Souza. A Constituição Federal e a Criança e o Adolescente Infrator. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/29920/a-constituicao-federal-e-a-crianca-e-o-adolescente-infrator>>. Acesso em: dezembro- 2013.

XAVIER, Rita Lobo. *Responsabilidades Parentais no Século XXI*. Le Familiae. Ano 5. n. 10, 2008.

XAVIER, Rita Lobo. *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina, 2009.

ZANITELLI, Leandro Martins. *Responsabilidade Civil Objetiva no Brasil: Uma crítica as explicações habituais*. Revista Trimestral de Direito Civil. Ano 5. v. 20, Outubro-dezembro, 2004.

PINHEIRO, José Duarte. *As crianças, as responsabilidades parentais e as fantasias dos adultos*. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.