

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

JACKSON INÁCIO DOS SANTOS SILVA

**(IN) APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NA REALIDADE
BRASILEIRA: uma análise à luz da Lei nº 13.058/2014**

São Luis - MA

2016

JACKSON INÁCIO DOS SANTOS SILVA

(IN) APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NA REALIDADE

BRASILEIRA: uma análise à luz da Lei nº 13.058/2014

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Lívia Maria da Graça Costa
Aguar.

São Luis - MA

2016

Silva, Jackson Inácio dos Santos

(In) APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NA REALIDADE BRASILEIRA: uma análise à luz da Lei nº 13.058/2014 / Jackson Inácio dos Santos Silva. - 2017. 90 f.

Orientador(a): Lívia Maria da Graça Costa Aguiar.

Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Aplicabilidade. 2. Direito de Família. 3. Guarda Compartilhada. 4. Realidade Brasileira. I. Aguiar, Lívia Maria da Graça Costa. II. Título.

JACKSON INÁCIO DOS SANTOS SILVA

(IN) APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NA REALIDADE

BRASILEIRA: uma análise à luz da Lei nº 13.058/2014

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade Federal do Maranhão para a obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Profa. Lívia Maria da Graça Costa Aguiar (Orientadora)

1º Examinador (a)

2º Examinador (a)

Aos meus pais, enquanto responsáveis diretos pela minha formação acadêmica e como ser humano, através de incentivos e ensinamentos transmitidos e, em especial ao meu filho, João Victor, a quem pretendo transmitir os mesmos incentivos e ensinamentos.

AGRADECIMENTOS

De forma prioritária, a Deus que me deu a vida.

A minha família, em especial ao meu pai, José João Silva, à minha mãe, Maria Raimunda dos Santos Silva e a meu filho, que são as razões da minha vida. Àqueles, pois me trouxeram ao mundo e a este, por ser a razão de eu permanecer neste plano.

À minha orientadora, a professora Lívia Maria, pelo auxílio, paciência e disponibilidade em atender aos chamados de alguém que estava perdido na elaboração deste trabalho.

Ao Coordenador do Curso de Direito, professor Campos, que sempre esteve disposto em atender as minhas solicitações.

Por fim, aos colegas, das várias turmas em que estive, pelo auxílio em vários momentos.

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes”.

Marthin Luther King

RESUMO

O presente trabalho analisa como tema principal a (in) aplicabilidade da guarda compartilhada na realidade brasileira, sobretudo, após o advento da Lei nº 13.058/2014. Neste trabalho busca-se averiguar a efetividade do instituto da guarda compartilhada, sob a ótica da Lei nº 13.058/2014, através da verificação da sua aplicabilidade e eficácia, após 2 (dois) anos da entrada em vigor da referida lei, bem como também através da análise de informações sociais. Para atender ao pretendido, analisou-se as perspectivas da guarda compartilhada, a partir dos direitos fundamentais da criança e adolescente previsto na Constituição Federal de 1988, levando-se sempre em consideração o princípio do melhor interesse da criança. Buscou-se também apresentar, que ambos os genitores possuem o direito de conviver de forma equilibrada com os seus filhos, tendo o dever de cuidar, proteger e criar. Desta forma, analisou-se os diversos modelos de guarda, especialmente a guarda compartilhada. E por fim, foi pesquisada, a nova lei da guarda compartilhada e a posição dos tribunais brasileiros sobre o referido instituto. Dividiu-se o trabalho em cinco capítulos, sendo que no primeiro foi abordado os princípios do Direito de Família, no segundo tratou-se sobre o poder familiar e suas características, já no terceiro discorreu-se sobre o instituto da guarda e as suas modalidades, no quarto analisou-se em específico da guarda compartilhada propriamente dita e suas peculiaridades, e por fim, no quinto e último capítulo, esclareceu-se a aplicabilidade da guarda compartilhada na realidade brasileira, assim como também, as razões de sua tímida aplicação por juízes e tribunais, apontando prováveis soluções para o problema.

Palavras-chave: Aplicabilidade. Guarda Compartilhada. Direito de Família. Realidade Brasileira.

ABSTRACT

The present work analyzes the main theme of the (in) applicability of the shared custody in the Brazilian reality, especially, after the advent of Law no. 13.058/2014. This work seeks to ascertain the effectiveness of the institute's shared custody, as seen from the perspective of Law no. 13.058/2014, through verification of its applicability and effectiveness, after 2 (two) years of the entry into force of such law, as well as also through the analysis of social information. To cater to the intended, assessed the prospects of shared custody, from the fundamental rights of children and adolescents provided for in the Federal Constitution of 1988. It also shows, that both parents have the right to live in a balanced way with your children, having the duty to care, protect and create. In this way, we assessed whether the various models of care, especially shared custody. And finally, it was researched, the new law on shared custody, the position of the Brazilian courts on the shared custody. Divided the work into five chapters, where the first was addressed to the principles of Family Law, in the second it was about the power of family and its characteristics, already in the third, talked about the institute of custody and the modalities in the room was analyzed in the specific shared custody itself and its peculiarities, and finally, in the fifth and final chapter, has clarified the applicability of shared custody in the Brazilian reality, as well as, the reasons for its cautious application by the courts, pointing likely solutions.

Keywords: Applicability. Shared Custody. Family law. The Brazilian Reality.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 12 |
| 2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA..... | 14 |
| 2.1 Breves comentários aos princípios como fontes do direito..... | 14 |
| 2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana..... | 15 |
| 2.3 O princípio da igualdade..... | 17 |
| 2.4 O princípio da liberdade..... | 19 |
| 2.5 O princípio da afetividade..... | 20 |
| 2.6 O princípio da solidariedade..... | 22 |
| 2.7 O princípio da proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente..... | 23 |
| 3 O PODER FAMILIAR..... | 26 |
| 3.1 Noção histórica e conceito do poder familiar..... | 26 |
| 3.2 Natureza jurídica e características do poder familiar..... | 29 |
| 3.3 Conteúdo do poder familiar: direitos e deveres dos genitores..... | 32 |
| 3.4 Hipóteses de extinção, suspensão e perda do poder familiar..... | 34 |
| 4 DA GUARDA..... | 41 |
| 4.1 Conceito e evolução legislativa no direito brasileiro..... | 41 |
| 4.2 Modalidades de guarda..... | 46 |
| 4.3 Guarda unilateral ou exclusiva..... | 46 |
| 4.4 Guarda alternada ou pendular..... | 47 |
| 4.5 Guarda aninhamento ou nidação..... | 49 |
| 4.6 Guarda compartilhada ou conjunta..... | 49 |
| 5 A GUARDA COMPARTILHADA..... | 51 |
| 5.1 A origem e evolução do instituto da guarda compartilhada..... | 51 |
| 5.2 A guarda compartilhada no direito comparado..... | 52 |
| 5.3 A guarda compartilhada no direito brasileiro..... | 54 |
| 5.3.1 A guarda compartilhada de acordo com a Lei nº 11.698/2008..... | 56 |
| 5.3.2 A guarda compartilhada de acordo com a Lei nº 13.058/2014..... | 60 |
| 6 (IN) APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NA REALIDADE BRASILEIRA..... | 68 |
| 6.1 Aspectos polêmicos relativos à guarda compartilhada..... | 68 |
| 6.2 As vantagens e desvantagens da guarda compartilhada..... | 74 |
| 6.3 A guarda compartilhada nos tribunais brasileiros | 77 |
| 6.4 A (in) aplicabilidade da guarda compartilhada na realidade brasileira | 79 |

| | |
|-------------------------|-----------|
| 7 CONCLUSÃO..... | 85 |
| REFERÊNCIAS..... | 87 |

1 INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada é um instituto muito pouco conhecida e utilizada em nosso país. Quando se atribui a guarda do filho a apenas um dos pais, afronta à regra do exercício em igualdade de condições, uma vez que implica, na prática, em manter os pais em situação de desigualdade.

A guarda exclusiva deixou de ser a regra e passou a ser exceção após a entrada em vigor da Lei nº 13.058/2014. Nesse sentido, faz-se necessário verificar o grau de aplicação da guarda compartilhada após a sua obrigatoriedade depois da lei retrocitada, sempre baseando-se no ordenamento jurídico brasileiro, na doutrina, na jurisprudência e nos princípios de direito.

O tema justifica-se pela sua importância destacadamente no que se refere à efetividade da guarda compartilhada, como forma de garantir o melhor interesse do menor. Ademais, por se tratar de um tema que foi regulamentado a tão pouco tempo em nosso ordenamento jurídico, faz-se necessário verificar em que pés encontra-se a sua aplicabilidade, por juízes e tribunais brasileiros.

Seria ingênuo imaginar que as normas por si só possam garantir a efetividade do instituto, sobretudo, após o advento da Lei nº 13.058/2014. Segundo a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante do STJ, quando se trata de posse e guarda de filhos, o interesse do bem-estar da criança é o único critério a ser adotado para solucionar o problema da guarda.

As hipóteses de solução das questões apresentadas estão relacionadas ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e, também, às principais decisões emanadas por nossos juízes e tribunais.

Entendemos que para responder às questões em comento sobre o tema, deve-se analisar os casos em concreto, pois estamos tratando de seres humanos, e como mesmo sabemos, precisamos de um conhecimento bem maior a respeito do tema para se extrair uma ideia concreta e responsável do mesmo.

De outro norte, a guarda, enquanto manifestação operativa do pátrio poder, compreende a convivência entre pais e filhos no mesmo local, a ampla comunicação entre eles, à vigilância, o controle entre outros e a presença permanente dos dois genitores no processo integral da formação do menor.

Desta feita, tem-se por objetivo levar a cabo uma análise geral acerca da aplicação da guarda compartilhada. Os principais objetivos da pesquisa foram:

- a) Destacar e discutir os principais princípios que regem o Direito de Família;

- b) Traçar um panorama histórico e conceitual do poder familiar; além de apresentar as hipóteses de suspensão, extinção e perda do poder familiar;
- c) Definir, classificar e analisar as mais diversas modalidades de guarda que estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro;
- d) Fazer uma abordagem quanto a origem e evolução da guarda compartilhada no direito brasileiro;
- e) Analisar o instituto da guarda compartilhada no direito comparado;
- f) Apresentar o instituto da guarda compartilhada de acordo com a Lei nº 13.058/2014;
- g) Apresentar, também, as vantagens e desvantagens da guarda compartilhada;
- h) Apresentar e avaliar a aplicabilidade da guarda compartilhada, levando-se em consideração as decisões de juízes e tribunais brasileiros.

Por fim, para o alcance desses objetivos, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, de modo que, partindo-se de premissas verdadeiras, estruturadas sob a forma de argumentos condicionais, buscou-se a conclusão já contida nelas implicitamente. Ademais, utilizou-se da pesquisa empírica, realizada mediante a observação direta de eventos e fatos, a fim de investigar as variáveis de seu objeto e tentar explicá-las.

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 Breves comentários aos princípios como fontes do direito

Os princípios, como fontes do direito, estão expressos em quase a totalidade dos ordenamentos jurídicos de todo o mundo. E como fonte do ordenamento jurídico de um país, eles são responsáveis por emanar, aplicar e interpretar as normas jurídicas que irão conduzir o comportamento das pessoas (físicas e jurídicas, públicas e privadas) daquele território.

Para melhor compreender o impacto de um princípio no ordenamento jurídico e sua irradiação para todo o sistema, nos valem das lições de Robert Alexy, segundo o qual:

Os princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.¹

É inegável, a grande participação dos princípios na formulação do corpo normativo que irá compor o ordenamento jurídico de um país. Com a evolução e desenvolvimento de um direito civil-constitucional, os princípios ganharam uma força normativa muito maior e, conseqüentemente, perderam seu caráter de mera supletividade como anunciado em alguns textos legislativos, como o art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, segundo o qual quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Pelo contrário, os princípios, como normas que são, vêm em primeiro lugar e são a porta de entrada para qualquer leitura interpretativa do Direito Positivo.

Para corroborar esse entendimento, mencionamos as lições de Paulo Lôbo, um dos maiores civilistas brasileiros da atualidade:

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava²

Segundo a professora Maria Berenice Dias, princípios, por definição, são mandamentos nucleares de um sistema. No dizer de Celso Antônio Bandeira de Melo³, que brilhantemente destacou a importância dos princípios, violar um princípio é muito mais grave

¹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

² LÔBO, Paulo. Direito Civil – Famílias. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 96.

que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um princípio mandamental obrigatório, mas a todo o sistema de comandos⁴. Um princípio, para ser reconhecido como tal, deve ser subordinante, e não subordinado a regras.

Ainda segundo Maria Berenice Dias, embora deva-se entender os princípios que regulam os direito de família, sob a ótica da Constituição, não se pode confundir princípios constitucionais e princípios gerais de direito. Confundi-los seria relegar os princípios constitucionais para uma posição subalterna à lei juntamente com as demais fontes do direito – a analogia e os costumes -, que são invocáveis na omissão do legislador.

Os princípios gerais do direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação pelo método indutivo e cabem ser invocados quando se verificam lacunas na lei. A norma constitucional está no vértice do sistema. Os princípios pairam sobre toda a organização jurídica⁵.

É nesse diapasão que passaremos a partir de agora, a analisar os princípios mais importantes (implícitos ou explícitos), de acordo com a Carta da República de 1988, aplicáveis ao direito de família brasileiro, diante das constantes transformações nas relações familiares e da evolução o Direito de Família pátrio. Nesse sentido, a modernização das relações de família, torna cada vez mais imperiosa a aplicação dos princípios do Direito de Família, tendo em vista que o legislador não consegue acompanhar, a contento, essas constantes transformações que são típicas desse ramo do Direito.

Pelo fato de ser difícil a tarefa de quantificar ou tentar nominar todos os princípios que norteiam o direito de família, os autores civilistas brasileiros não são unânimes na classificação dos princípios que regem esse ramo do Direito. Nesse sentido, tentaremos elencar os que estão mais presentes nas diversas classificações dos doutrinadores, sem a pretensão, é claro, de delimitar números ou esgotar seu elenco.

2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

As atrocidades reveladas pelas duas grandes guerras, trouxe à tona a preocupação, sobretudo no mundo ocidental, com a pessoa humana, no seu mais íntimo sentido, o ser humano. Dessa forma, as instituições sociais e jurídicas foram se fortalecendo e firmando essa preocupação cada vez maior. Como consequência dessa evolução tem-se o entendimento de que o Estado Democrático de Direito tem como fundamento maior a dignidade da pessoa

⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.44.

⁵ Idem. p.45.

humana, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana traduz, consigo, uma diretriz de inegável solidarismo social, imprescindível à implantação efetiva do Estado Democrático de Direito.

A nossa Constituição Federal de 1988 (CF/88), consubstancia esse entendimento. Consta da Carta da República de 1988, em seu art. 1º, III, que a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana. Ou seja, para a Constituição de 1988 o princípio da dignidade da pessoa humana configura uma verdadeira cláusula de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento jurídico pátrio.

O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo a professora Maria Berenice Dias, é o princípio maior, o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais. Ainda segundo a professora, o direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana.

Para exemplificar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, através da jurisprudência pátria, no Direito de Família, podemos citar o julgado do Superior Tribunal de Justiça em que o Excelso Tribunal reformou a decisão, do tribunal de origem, afastando a condenação por danos morais na ação em que o filho pleiteava indenização por suposto abandono afetivo, por parte do pai, que contrairá novo matrimônio.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. Recurso especial conhecido e provido.⁶

Para a professora Dias, o princípio da dignidade humana, significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família. Nesse sentido, assevera Pablo Stolze:

A dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas principalmente, no âmbito das relações sociais.⁷

⁶ STJ, Recurso Especial no Resp. n. 757411, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 29/22/2005

⁷ STOLZE, Pablo. Novo Curso de Direito de Família. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78.

Assim, é importante ressaltar que, o respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana somente será pleno e efetivo quando observado no seio das relações de família, posto que se ele não for observado no seio familiar, também não o será na sociedade.

Nesse sentido, percebe-se que esse princípio tem contornos cada vez mais amplos, no que se refere, sobretudo, ao Direito de Família.

2.3 O princípio da igualdade

O princípio da igualdade nada mais é do que a tentativa de se estabelecer a ideia de justiça⁸, em seu sentido mais restrito da palavra, nas relações jurídicas advindas de fatos sociais. A Constituição Federal de 1988 reproduz em várias partes do seu texto o princípio da igualdade, como forma de colocar todos em pé de igualdade, sem distinção de qualquer natureza, ressalvado as suas desigualdades.

A igualdade e o respeito às diferenças constituem um dos princípios-chave para a organizações jurídicas e especialmente para da Direito de Família. O ordenamento jurídico brasileiro estabelece essa igualdade em vários dispositivos legais. O maior deles, a Constituição Federal de 1988, estabelece em seu art. 5º, I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos daquela Constituição.

Nesse diapasão, lembra-nos, com maestria, as lições do professor José Afonso da Silva, segunda a qual:

O sexo sempre foi um fator de discriminação. O sexo feminino sempre esteve inferiorizado na ordem jurídica, e só mais recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posição paritária, na vida social e jurídica à do homem. A Constituição, como vimos, deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar os direitos e obrigações de homens e mulheres⁹.

Ainda segundo o texto da Constituição de 1988, o art. 226, §5º dispõe que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, sendo assim, depreende-se desse dispositivo legal que pertence tanto ao homem quanto à mulher o direito de exercer de forma igualitária a sociedade conjugal.

Ainda merece destaque o princípio da igualdade presente no Código Civil de 2002. Os artigos 1.511 e 1.565 estabelecem, respectivamente, que o casamento estabelece comunhão

⁸ Justiça formal, equivale à igualdade formal, isto é, conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico tratamento. Mas não basta que a lei seja aplicada igualmente a todos. Aspira-se à igualdade material, que é tratar de forma desigual, na proporção de suas desigualdades.

⁹ DA SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo, 16. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 226-227.

plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e, que pelo casamento, homem e mulher assume mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Por fim, verificamos essa igualdade em direitos e obrigações no art. 2º da Lei nº 13.058/2014 (Lei da Guarda Compartilhada), que altera o Código Civil de 2002. Segundo esse dispositivo, compete a ambos os pais qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste, quanto aos filhos, em exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 do Código.

Nesse sentido, segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, podemos recolher a incidência do princípio da igualdade na própria guarda compartilhada, modalidade especial de arranjo em que pai e mãe, sem cunho de unilateralidade ou prevalência, exercem simultaneamente os direitos e deveres decorrentes e inerentes ao poder familiar, se corresponsabilizando pelo filho comum.

Isto é, com relação à guarda dos filhos, nenhum dos genitores tem preferência sobre o outro. A guarda compartilhada é a regra, sem a necessidade de consenso dos pais, dividindo-se o tempo de convívio de forma equilibrada entre os genitores.

Julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda com o enfoque na igualdade de direito, confirmam essa importância desse princípio, sobretudo, no que se refere a possibilidade de um ou outro exercer a guarda do infante.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. INTERESSE DO MENOR. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1.O Tribunal de origem, apreciando as peculiaridades fáticas da causa e considerando o interesse do menor, concluiu pela procedência do pedido de guarda paterna e pela inviabilidade da guarda compartilhada. Desse modo, a modificação de tal entendimento lançado no v. acórdão recorrido, como ora perseguida, demandaria a análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ, que dispõe: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". As peculiaridades destacadas pelo acórdão recorrido afastam o cabimento do recurso especial com base em aventado dissídio jurisprudencial, valendo destacar a compreensão desta Corte de que a incidência da Súmula 7 inviabiliza o conhecimento do apelo nobre tanto pela alínea "a" quanto pela alínea "c" do permissivo constitucional. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁰

Nessa ótica, verificamos que a evolução trazida pelo princípio da igualdade demarca um espírito de cooperação entre os cônjuges, por outro lado, revela que a criação/educação de uma criança não é ínsita à natureza feminina, como se pensava. Quer dizer, neste cenário de

¹⁰ STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 0129011-9, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 16/10/2012.

igualdade, o pai apresenta as mesmas condições que a mãe para continuar o exercício do poder familiar, no cuidar de uma criança.

2.4 O princípio da liberdade

O princípio da liberdade deve ser estudado em consonância com o princípio da igualdade, na medida em que a Constituição Federal de 1988 procurou garantir a todos os indivíduos a liberdade através do rol de direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da Carta da República, bem como através de outros princípios.

O princípio da liberdade no contexto do Direito de Família está fundado no livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou união estável; na livre decisão do casal, unido pelo casamento ou pela união estável, do planejamento familiar (CF, art. 226, 7º); na livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, art.1642)¹¹ e na livre opção pelo regime matrimonial mais conveniente.

Disso resulta que, qualquer intervenção do Estado deve ocorrer apenas em sua competência de propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício daqueles direitos elencados acima. É nesse sentido que a professora Suzana Borges Viegas de Lima, em sua dissertação de mestrado, resume muito bem o papel do Estado nas relações familiares.

A intervenção do Estado nas relações familiares deve se dar em respeito às relações e escolhas pessoais realizadas, de maneira a conferir-lhe as garantias previstas em lei, e valorizando a família como instrumento de construção e preservação de laços afetivos, com base no princípio da liberdade.¹²

É nessa mesma linha que Flávio Tartuce¹³, chama o princípio da liberdade, também de princípio da não intervenção. No entendimento do autor, é defeso a qualquer pessoa de direito público ou de direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família, ou seja, o Estado ou mesmo qualquer outro ente privado não pode interferir coativamente nas relações de famílias. Trata-se, portanto, do princípio da liberdade ou da não intervenção na ótica do Direito de Família.

Segundo a professora Maria Berenice Dias a todos têm a liberdade de escolher o seu par ou pares, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais, homem e

¹¹ Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

II - administrar os bens próprios;

¹² LIMA, Suzana Borges Viegas de. Dissertação de Mestrado: Guarda Compartilhada: Efetivação dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente, 2007, p. 37.

¹³ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. vol. único, 5 ed., São Paulo: Método, 2015, p. 868.

mulher, em relação ao papel que desempenham na sociedade conjugal. Portanto, em face do primado da liberdade, é assegurado aos cônjuges o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual ou ainda poliafetiva, ou seja, há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio.

Arrematando, ainda segundo a renomada jurista, a liberdade floresceu na relação familiar e redimensionou o conteúdo da autoridade parental ao consagrar os laços de solidariedade entre pais e filhos, bem como a igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar voltada ao melhor interesse do filho.

2.5 O princípio da afetividade

O princípio da afetividade, corolário do respeito à dignidade da pessoa humana, veio confirmar aquilo que as mudanças culturais, econômicas, estatais e institucionais provocaram no conceito moderno de família, alterando a organização tradicional do modelo de família e, por conseguinte, firmando a instalação de novos valores no âmbito das relações familiares.

Nesse mesma linha de pensamento concordamos o posicionamento da ilustre professora Maria Helena Diniz, quando a mesma afirma que não há uma crise no instituto da família, como alguns falam, a ponto de provocar a sua desagregação e desprestígio, mas tão somente uma mudança de conceitos e paradigmas:

A tão falada crise é mais aparente que real. O que realmente ocorre é uma mudança de conceitos básicos, imprimindo uma feição moderna à família, mudança esta que atende às exigências da época atual, indubitavelmente diferente das de outrora, revelando a necessidade de um questionamento e de uma abertura para pensar e repensar todos esses fatos.¹⁴

Ademais, verificamos o surgimento de fortes mudanças nas relações de família nas últimas décadas, durante as quais o foco da relação se desloca do patrimônio para a realização de seus integrantes. Nesse sentido, afirmamos com absoluta certeza que o moderno Direito de Família gira em torno do princípio da afetividade, sem o qual, ousamos falar, não poderia haver família.

Por outro lado, é certo que o texto constitucional não faz nenhuma referência expressa quanto ao aspecto do afeto. Entretanto, podemos citar que as normas protetivas da criança e do adolescente, presentes no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), art. 28, §3º, toma

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

por base o afeto como vetor de orientação comportamental dos pais e representantes. Ademais, percebemos nessa mesma linha, a aplicação desse princípio, na simples leitura do art. 1.584, §5º do Código Civil, no tocante a guarda de filhos.

Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de **afetividade**, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida (grifamos).

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

§5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e **afetividade** (grifamos).

Para a professora Maria Berenice Dias a afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. O direito ao afeto está muito ligado ao direito fundamental à felicidade. Nesse sentido, é obrigação do Estado criar instrumentos que contribuam para as aspirações de felicidade das pessoas, municiado por elementos informacionais a respeito do que é importante para a comunidade e para o indivíduo.¹⁵

Arrematando o estudo desse princípio, verificamos que a jurisprudência nacional vem aplicando, há muito tempo, muito bem o princípio da afetividade, com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, predominante sobre o vínculo biológico.¹⁶ Além, de forma mais recente, com o deferimento de adoções a famílias homoafetivas. Conclui-se, daí, que os laços

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 54-55.

¹⁶ NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – ADOÇÃO À BRASILEIRA – CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIO-AFETIVA – TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PROCEDÊNCIA – DECISÃO REFORMADA. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado” (Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível 0108417-9, Rel. Des. Accácio Cambi, publicado em DJ 04/02/2002. “AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. AÇÃO À BRASILEIRA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. O registro de nascimento realizado com o ânimo nobre de reconhecer o direito do filho assim registrado. Negaram provimento”. TJRS, Apelação Cível n. 70003587250, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 21/03/2002.

de afeto e de solidariedade originam-se, sobretudo, da convivência familiar, das relações de respeito, atenção e amor, e não do mero vínculo biológico.

Por isso tudo, segundo a professora Suzana Borges Viegas de Lima, a aplicação do princípio da afetividade é de suma importância nas questões relativas à guarda de filhos, devido, principalmente, à necessidade da preservação da convivência familiar e do afeto entre pais e filhos após a ruptura do casal, pois, a afetividade é elemento essencial na vida dos filhos, pois devem dispor do apoio e do afeto dos pais, ainda que separados.

2.6 O princípio da solidariedade

Ser solidário, é estabelecer uma relação de auxílio mútuo, é prestar ajuda ao próximo estabelecendo uma responsabilidade recíproca. O princípio da solidariedade familiar possui acento constitucional, expresso, no art. 3º, inciso I, da Carta da República, segundo o qual constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse sentido, é o entendimento da professora Maria Berenice Dias, segundo a qual, solidariedade é que cada membro da família deve ao outro:

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna.¹⁷

Nas relações familiares, o princípio da solidariedade familiar possui estreita relação com o princípio da afetividade, posto que não existe solidariedade sem afeto entre os membros da família. Aquele princípio, não apenas traduz a afetividade necessária que une os membros da família, mas especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar.

É importante destacar, que essa solidariedade não é apenas patrimonial, ou seja, apenas de prestar alimentos, quando necessários, por exemplo, mas principalmente, deve ser, sexual, social, afetiva, espiritual, psicológica e moral. Exemplo dessa solidariedade, dessa assistência mútua, tiramos dos ensinamentos do renomado jurista Paulo Lôbo, segundo o qual, a assistência moral deve ser ocorrer de forma cúmplice entre os cônjuges:

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 51.

A assistência moral diz respeito às atenções e cuidados devotados à pessoa do outro cônjuge, que socialmente se espera daqueles que estão unidos por laços de afetividade e amizade em seu grau mais elevado. Está vinculado à natureza humana de apoio recíproco e de solidariedade, nos momentos bons e nos momentos difíceis. É o conforto moral, o ombro amigo e o desvelo na doença, na tristeza e nas crises psicológicas e espirituais. Também é o carinho, o apoio, o estímulo aos sucessos na vida emocional e profissional. Certamente, são esses os elementos mais fortes do relacionamento conjugal ou amoroso, no seu cotidiano, cuja falta leva progressivamente à separação, mais do que qualquer outro fato isolado.¹⁸

No que se refere à jurisprudência pátria, segundo Flávio Tartuce, o STJ já aplicou o princípio da solidariedade, considerando o dever de prestar alimentos, mesmo nos casos de união estável constituída antes da Lei nº 8.971/94 (regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão), o que demonstra a grande importância desse princípio nas relações de família, como forma de responsabilidade mútua:

ALIMENTOS x UNIÃO ESTÁVEL ROMPIDA ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA LEI Nº 8.971, DE 29.12.94. A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar. Precedente da Quarta Turma” (STJ, REsp 102.819/RJ, Relator Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 23/11/1998, DJ 12/04/1999, p. 154).¹⁹

Por fim, verificamos que a solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, que deve existir entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. Nesse cenário, é importante destacar que a cooperação, como forma de união nas relações familiares, se torna expressão representativa da solidariedade no seio familiar e da sociedade como um todo.

2.7 O princípio da proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente

A Constituição Federal de 1988 consagrou tratamento diferenciado à criança e ao adolescente; apesar de não elencado no art. 5º da CF, são fundamentais os direitos de crianças, adolescentes e jovens.

A maior vulnerabilidade e fragilidade da criança e do adolescente a que estão sujeitos, aliado ao fato de serem pessoas em desenvolvimento, fez com que a Constituição de 88 estabelecesse uma maior proteção a esses seres, assim como também uma prioridade absoluta

¹⁸ LÔBO, Paulo. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.6. n. 26, out / nov. 2004, p. 15.

¹⁹ STJ, Recurso Especial no Resp. n. 102.819, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 23/11/1998.

quanto a seus interesses. Esses interesses são os mais diversos possíveis, como, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Da leitura do caput do art. 227, da Carta da República, depreende-se que o texto constitucional consagrou proteção plena e prioridade absoluta às crianças e adolescentes.²⁰ Nas lições de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona isso significa que, em respeito à própria função social desempenhada pela família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente os pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes viventes em seu meio.

Para Flávio Tartuce, na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio do melhor interesse da criança, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças, segundo a qual é objetivo daquela convenção em por objetivo estabelecer garantias para que as adoções internacionais sejam feitas segundo o interesse superior da criança e com respeito aos direitos fundamentais.

Outro normativo de cunho internacional que trata do referido princípio é a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959. O art. 2º da referida Declaração, a qual foi ratificada pelo Brasil, reconhece direitos especiais inerentes à infância e juventude:

A criança gozará proteção social e serão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição das leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, **os melhores interesses da criança**. (grifamos)

Nesse sentido os direitos das crianças e adolescentes devem ser respeitados, sem exceção, em benefício destes. Segundo a professora Suzana Borges é possível vislumbrar a necessidade da presença constante do princípio da proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente na vida familiar. No que se refere às questões de guarda, esse princípio é de fundamental importância.

É unânime a concepção de que nessas questões o interesse a ser defendido é do menor e não tanto o dos seus pais, como tendia a ocorrer no passado. Exemplo do princípio do melhor interesse do menor é o que dispõe o art. 1.583, §3º do Código Civil, de que trata da guarda compartilhada. Segundo esse dispositivo legal na guarda compartilhada, a cidade

²⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifamos)

considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

Como se pode perceber, no caso de dissolução da sociedade conjugal, a culpa não mais influencia quanto à guarda de filhos, devendo ser aplicado o princípio que busca a proteção integral e o melhor interesse do menor, conforme o resguardo do manto constitucional.

Finalizando, vamos a um exemplo de aplicação, em nossos tribunais pátrios, em que prevaleceu o princípio da proteção e ao melhor interesse do menor. Em decisão tomada, já no ano de 2011, o STJ entendeu que a filiação socioafetiva encontra amparo no princípio do melhor interesse da criança, vejamos:

DIREITO CIVIL E DA CRIANÇA. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA VOLUNTARIAMENTE RECONHECIDA PROPOSTA PELOS FILHOS DO PRIMEIRO CASAMENTO. FALECIMENTO DO PAI ANTES DA CITAÇÃO. FATO SUPERVENIENTE. MORTE DA CRIANÇA.1. A filiação socioafetiva encontra amparo na cláusula geral de tutela da personalidade humana, que salvaguarda a filiação como elemento fundamental na formação da identidade e definição da personalidade da criança.2. A superveniência do fato jurídico representado pela morte da criança, ocorrido após a interposição do recurso especial, impõe o emprego da norma contida no art. 462 do CPC, porque faz fenecer o direito, que tão somente à criança pertencia, de ser abrigada pela filiação socioafetiva. 3. Recurso especial provido.²¹

Dessa forma, concluímos que o princípio do melhor interesse da criança tornou-se um referencial orientador, tanto para o legislador, como para o aplicador da norma jurídica, já que determina a primazia das necessidades infantojuvenis como critério de interpretação do Direito, ou mesmo como parâmetro de elaboração de futuras iniciativas legislativa para a proteção e o melhor interesse da criança e do adolescente.

²¹ STJ, Recurso Especial no Resp. n. 450.566, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 12/04/2011.

3 O PODER FAMILIAR

3.1 Noção histórica e conceito do poder familiar

O direito romano teve forte influência sobre a construção do direito europeu, assim como também, sobre o direito do mundo ocidental como um todo. Com o Brasil, não foi diferente, a base do ordenamento jurídico brasileiro tem raízes sobretudo na legislação portuguesa, esta influenciada pelo direito da Roma Antiga.

A doutrina civilista de forma majoritária toma o direito romano como ponto inicial para o estudo evolutivo do instituto do poder familiar. Nesse sentido, estudos mostram que o instituto do poder familiar que, em seus primórdios, era chamado de pátrio poder, surgiu no direito romano.

As lições do ilustre professor Waldyr Grisard Filho, um dos grandes estudiosos brasileiros, do instituto da guarda compartilhada, nos mostram as fortes raízes históricas do pátrio poder no direito romano, assim como as características, eminentemente patriarcais que esse instituto trazia:

No direito romano, o pátrio poder – coluna central da família patriarcal – era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana. O pátrio poder em Roma era ao mesmo tempo um patriarcado, uma magistratura, um sacerdócio, um senhorio da vida e das fazendas dos filhos, um poder absoluto sem limites e de duração prolongada.²²

Como consequência da influência do direito lusitano sobre o direito brasileiro, o instituto do pátrio poder, foi inserido no ordenamento pátrio, através da Lei de 20 de outubro de 1823 (Ordenações do Reino)²³ que trazia consigo características da legislação romana. Na mesma linha do direito romano, o direito brasileiro internalizou esse instituto. Tal como ocorreu naquele direito, no Brasil o instituto do pátrio poder atribuía ao pai (único chefe da entidade familiar) poderes absolutos sobre a pessoa e os bens de seus filhos.

Segundo Sílvio Venosa, o patriarcalismo veio até nós pelo Direito português e encontrou aqui exemplos nos senhores de engenho e barões de café, que deixaram marcas

²² FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 47.

²³ Ordenações do Reino eram um compilado da legislação portuguesa formado pelas Ordenações Afonsinas, Filipinas e Manuelinas, que vigorou no Brasil entre os séculos XVI e XIX.

indelévels na história recente do Brasil. É nesse contexto, de forma resumida, que o instituto do pátrio poder, nascido no direito romano, se instala no ordenamento jurídico pátrio.

Superado o momento histórico e a forma de como o instituto foi introduzido no direito brasileiro, discorreremos a partir de agora, como se deu a evolução legislativa desse instituto em nosso direito de família.

A sociedade brasileira do final século XIX, que era basicamente rural, sob a guarida da Constituição Federal de 1891, caracterizou a família como uma entidade patriarcal, hierarquizada e patrimonializada. O homem continuava como chefe da família. Nesse sentido, o Código Civil de 1916, estabeleceu que cabia ao marido a chefia do lar, o exercício do pátrio poder sobre os filhos menores, e quando não pudesse, o exercício caberia à mulher. É o que demonstra a professora Maria Berenice Dias.

O Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na sua falta ou impedimento é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher, que assumia o exercício do pátrio poder familiar dos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade dos mesmos. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio poder.²⁴

A sociedade é um instituto que constantemente está em evolução e, portanto, o direito como controlador dos fatos sociais, deve acompanhar essa evolução.

Nesse sentido, a primeira grande evolução do instituto do pátrio poder, no direito brasileiro, surge com o Estatuto da Mulher Casada de 1962. Ao alterar o artigo 380 do Código Civil de 1916, atribuiu à mulher o papel de colaboradora no exercício do pátrio poder.

Outra novidade dessa legislação foi que, a mulher que se casasse novamente teria os direitos do pátrio poder resguardados com relação aos filhos do casamento anterior, pois anteriormente ao Estatuto, para que fossem resguardados os direitos do pátrio poder com relação aos filhos do casamento anterior a viúva não poderia casar-se novamente.

A segunda evolução desse instituto ocorre com a Lei do Divórcio de 1977, disciplinando a possibilidade do desquite, preenchendo as lacunas do Código Civil de 1916, e também, a guarda dos filhos e do provimento alimentar. O maior objetivo dessa legislação foi regular a situação dos filhos submetidos ao pátrio poder de pais separados.

Todavia, o que determinou a evolução substancial do instituto de forma decisiva foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 5º, inciso I, que estabeleceu a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres. E do artigo 226, §5º, que

²⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 456.

ressaltou, que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal deverão ser exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

O Código Civil de 2002, sob a guarida da Constituição Federal, consagrou o princípio da igualdade na sociedade conjugal, além de igualar os direitos dos filhos adotivos, ilegítimos e legítimos, sem que houvesse qualquer discriminação conforme o que foi estabelecido no artigo 227, §6º, do Texto Maior.

Embora haja uma certa divergência doutrinária quanto à correta denominação do pátrio poder, com o novo Código Civil, o instituto passou a ser denominado de poder familiar. Isso se deu, sobretudo, para que houvesse uma maior sintonia com a Constituição Federal de 1988 que preconiza a igualdade entre homens e mulheres dentro da sociedade conjugal e, para sepultar a arcaica legislação que priorizava a figura paterna nas relações familiares.

Por fim, a mais recente alteração legislativa com relação ao poder familiar ocorreu em 2014, com a publicação da nova lei da guarda compartilhada, a Lei nº 13.058/2014, que alterou o art. 1.634 do Código Civil, atribuindo a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar. Com a nova redação, o legislador quis dá a atender que independente da situação conjugal dos pais, compete a ambos exercer o poder familiar sobre os filhos em comum, quer na constância do matrimônio ou não, em função, sobretudo, do melhor interesse do menor.

Partiremos agora, para a tentativa de conceituar esse importante instituto que é o poder familiar. No ordenamento jurídico brasileiro não encontramos um conceito para o poder familiar. A evolução da sociedade e conseqüentemente do instituto, proporcionou uma variedade de conceitos entre os doutrinadores estudiosos do tema.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves²⁵ a denominação de poder familiar é mais apropriada que pátrio poder, mas não é mais adequada, porque ainda se reportar ao “poder”. Ainda segundo o autor, algumas legislações estrangeiras, como a francesa e a norte-americana, optaram por utilizar o termo “autoridade parental”, tendo em vista que o conceito de autoridade traduz melhor o exercício de função legítima fundada no interesse de outro indivíduo.

Lafayette Rodrigues Pereira, em seu clássico *Direitos de família*²⁶, escrito em tempos pré-republicanos, propõe que o pátrio poder é o todo que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho. Nessa mesma linha de

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 373.

²⁶ PEREIRA, Lafayette. Direito de família. Rio de Janeiro: Virgílio Maia, 1919, p. 234.

pensamento Clóvis Beviláqua²⁷ conceitua o instituto como sendo o complexo dos direitos que a lei confere ao pai, sobre a pessoa e os bens dos filhos.

Já Maria Helena Diniz em um conceito mais moderno e aceitável sobre o instituto, propõe que:

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.²⁸

Nesse mesmo sentido, Waldyr Grisard assevera que há autores que melhor o enunciam, como um complexo de direitos e deveres, quanto à pessoa e bens dos filhos, exercidos pelos pais em colaboração e em igualdade de condições.

Nesse contexto, o referido autor afirma que o poder familiar nada mais é que o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social.²⁹

Dessa forma, observamos que com a evolução do instituto, os filhos deixam de ser objetos de direito dos pais, para serem sujeitos de direitos. Portanto, o poder familiar deixa de ser objeto de satisfação dos pais, para atender, exclusivamente, ao melhor interesse e direito dos filhos. Em outras palavras, o poder familiar é instituto que deve atender ao interesse dos filhos e da família, não dos genitores.

3.2 Natureza jurídica e características do poder familiar

O estudo da natureza jurídica do Poder Familiar deve ser analisado, segundo Waldyr Grisard, sob dois enfoques. O primeiro enfoque diz respeito ao poder-dever dos pais sobre os filhos e o segundo ao direito subjetivo dos pais em relação ao Estado/terceiros.

Com relação ao poder dever dos pais sobre os filhos, o poder familiar é um conjunto inseparável de poderes-deveres, que deve ser altruisticamente exercido pelos pais no interesse dos filhos, à vista de seu integral desenvolvimento, até à maioridade ou emancipação.

Já com relação ao enfoque do direito subjetivo, o poder familiar constitui um direito dos pais, nas relações externas, no que se refere aos filhos, ou seja, pertence apenas aos pais,

²⁷ BEVILAQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Vol, 2, p. 279.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 601.

²⁹ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45.

em condições normais, exercer o poder familiar, e portanto, a educação e zelo pelos filhos. Por outro lado, o titular de um direito subjetivo assume apenas e somente posições jurídicas subjetivas ativas elementares (faculdade, pretensão, poder formativo, imunidade), que podem se apresentar combinadas de diversas formas, de acordo com o caso concreto.

É nessa linha de pensamento, que Waldyr Grisard sustenta a natureza jurídica do poder familiar, como segue:

O poder familiar, assim, não é só um conjunto de direitos que se exercem no interior exclusivo de seus titulares, o pai e a mãe, mas do exercício de um dever em atenção aos interesses dos filhos.³⁰

Nesse sentido, verificamos que a natureza jurídica do instituto baseia-se no direito natural, na medida em que os pais têm a obrigação de proteger e educar os filhos, pelo simples fato de que os filhos dependem desses cuidados para sobreviver, até que alcancem a maturidade.

Arrematando o estudo da natureza jurídica do poder familiar, podemos dizer que hoje triunfa definitivamente a ideia segundo a qual, no poder familiar moderno, o que importa primordialmente é a proteção do menor.

Portanto, na doutrina atual, tem-se que a natureza jurídica do poder familiar é uma função. Segundo Paulo Luiz Lôbo Netto, “converteu-se em múnus o ônus que a sociedade organizada atribuiu aos pais em virtude da circunstância da parentalidade no interesse dos filhos”.³¹

Decorre da natureza personalíssima do instituto do poder familiar, o fato de que compete tão somente aos pais, exceto nos casos de falecimentos destes ou de destituição ou suspensão do poder familiar, o exercício, em igualdade de condições, do poder familiar sobre os filhos. Ou seja, todos os filhos, de zero a 18 anos, na forma da lei civil, estão sujeitos ao poder familiar, que é exercido exclusivamente pelos pais, mesmo após a dissolução da vida conjugal desses.

Como consequência dessa natureza personalíssima do poder familiar, podemos apontar algumas características desse instituto. Segundo a professora Maria Berenice Dias, o poder familiar tem algumas características que lhe são peculiares:

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações

³⁰ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53.

³¹ LÔBO, Paulo. Direito Civil – Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146.

que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família.³²

Nesse sentido, nos filiamos à classificação da professora Maria Berenice Dias. O poder familiar está ligado à pessoa dos pais, independente do estado civil, assim não podendo ser renunciado, transferido, alienado e prescrito. Passaremos, a partir de agora, a tecer alguns comentários sobre essas características que são intrínsecas ao poder familiar.

O poder familiar é tido com um instituto que é irrenunciável, pois não cabe aos pais abrir mão desse múnus com relação à sua pole, ou seja, por exclusivo ato de sua vontade, os pais não podem renunciar ao poder familiar. O poder familiar é irrenunciável porque se trata de poder instrumental de evidente interesse público e social, de exercício obrigatório e de interesse alheio ao titular.

O STJ também já se posicionou no mesmo sentido de reconhecer a irrenunciabilidade do poder familiar, nos termos do seguinte julgado:

DIREITO CIVIL. PÁTRIO PODER. DEVER IRRENUNCIÁVEL E INDELEGÁVEL. DESTITUIÇÃO. CONSENTIMENTO DA MÃE. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ART. 392 DO CÓDIGO CIVIL. CONTRADITÓRIO. NECESSIDADE. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. ADOÇÃO. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. SEGURANÇA JURÍDICA. INTERESSES DO MENOR. ORIENTAÇÃO DA TURMA. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O pátrio poder, por ser "um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoas e bens dos filhos menores" é irrenunciável e indelegável. Em outras palavras, por se tratar de ônus, não pode ser objeto de renúncia. II - As hipóteses de extinção do pátrio poder estão previstas no art. 392 do Código Civil e as de destituição no 395, sendo certo que são estas exaustivas, a dependerem de procedimento próprio, previsto nos arts. 155/163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consoante dispõe o art. 24 do mesmo diploma. III - A entrega do filho pela mãe pode ensejar futura adoção (art. 45 do Estatuto), e, conseqüentemente, a extinção do pátrio poder, mas jamais pode constituir causa para a sua destituição, sabido, ademais, que "a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder" (art. 23 do mesmo diploma) IV - Na linha de precedente desta Corte, "a legislação que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente proclama enfaticamente a especial atenção que se deve dar aos seus direitos e interesses e à hermenêutica valorativa e teleológica na sua exegese". V - Situação de fato consolidada enseja o provimento do recurso a fim de que prevaleçam os superiores interesses do menor.³³

Sendo assim, o ordenamento jurídico brasileiro não admite que os pais desistam de assumir as responsabilidades conferidas a eles, por meio do direito natural positivado, por vontade própria ou por circunstâncias banais.

³² DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 458.

³³ STJ, Recurso Especial no Resp. n. 158920, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 23/03/1999.

Por outro lado, Sílvio de Salvo Venosa reconhece uma espécie de renúncia indireta ao poder familiar, a qual ocorreria nos casos de adoção e também nos casos em que os pais pratiquem atos incompatíveis com o referido instituto.

O poder familiar também é intransferível e inalienável. Dessa característica depreende-se que o poder familiar não pode ser transferido a outrem, não importa se a título gratuito ou oneroso. Isso decorre do caráter personalíssimo que abarca o poder familiar, ou seja, não se pode transferir a terceiros a outorgar do poder familiar, uma vez que a condição de pais, sejam eles naturais ou adotivos, é de caráter personalíssimo.

Portanto, conforme assevera Sílvio Venosa, o poder familiar não pode ser transferido por iniciativa dos titulares a terceiros. Daí, os pais que consentem na adoção, não transferem o poder familiar, mas sim renunciam a ele.

Por fim, o poder familiar tem a característica de ser imprescritível. Dispõe o art. 197, II do Código Civil de 2002, que não ocorre a prescrição entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar, ou seja, não decai o direito dos genitores pelo fato de deixarem de exercitá-lo, somente podem perdê-los os pais na forma da lei. Por mais que o titular não exerça o direito outorgado pelo poder familiar, ele não perde o seu direito de exercê-lo a qualquer tempo.

Exemplificando, conforme Denise Damo Comel³⁴, os pais sempre poderão reclamar o filho de quem ilegalmente o detenha, ou ainda, exercer qualquer função típica, sem qualquer prejuízo por não tê-la exercido antes e independentemente de qualquer prazo preestabelecido.

Nesse diapasão, os pais somente perderão o poder familiar nos casos previstos em lei, tema este, que será objeto de estudo mais adiante.

3.3 Conteúdo do poder familiar: direitos e deveres dos genitores

A igualdade no tocante à titularidade e ao exercício do poder familiar só se concretizou no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Constituição Federal de 1988, que dispôs que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Ainda sobre essa igualdade de direitos e obrigações entre pai e mãe, prevê o Estatuto da Criança e do Adolescente que o pátrio poder deve ser exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma que dispuser a legislação civil vigente.

³⁴ COMEL, Denise Damo. Do poder familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 76.

É nesse contexto de igualdade, que o art. 1.634 do Código Civil de 2002, com redação alterada pela Lei nº 13.058/2014, dispõe que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: dirigir-lhes a criação e a educação; exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou se o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Falaremos de forma sucinta dos, em nossa visão, mais importantes e das principais inovações trazidas pela Lei nº 13.058/2014, no que se refere àquele artigo do Código Civil.

É dever dos pais velar não só pelo sustento dos filhos, como pela sua formação, a fim de torná-los úteis a si, à família e à sociedade, assegurando-lhes todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, ou seja, a obrigação dos genitores não abarcar apenas o sustento material, mas também o moral e o espiritual.

Uma inovação trazida pela Lei 13.058/2014 (Nova Lei da Guarda Compartilhada), foi o direito de exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 do CC. Esse direito nada mais é do que o direito de ter os filhos em sua companhia e guarda, um dever dos titulares no exercício do poder familiar. Por outro lado, nesse direito de guarda, vislumbramos também o dever de vigilância. Segundo Waldyr Grisard, a guarda sem vigilância, seria destituída de significação e decairia no fardo material da posse.³⁵

Outra inovação trazida pela referida lei, foi o direito dos pais em relação à pessoa dos filhos, de conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior e, também, de conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município.

Também têm os pais o dever de representar a sua prole judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento. Ou seja, enquanto menores de idade, estão os filhos proibidos de atuarem no tráfego jurídico, dada sua inexperiência, sendo assim a lei

³⁵ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada um novo modelo de responsabilidade parental . 8. ed . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 58.

os coloca sob proteção e orientação dos pais. Nesse sentido, o dever supracitado visa a proteger os direitos dos filhos menores, para impedir que exerçam atos prejudiciais a si mesmos e a seu patrimônio.

Por fim, o detentor do poder familiar tem o direito de reclamar, por meio da ação de busca e apreensão, de quem ilegalmente detenha o seu filho menor. Tendo os pais a função de ter o filho em sua companhia e guarda, para bem cuidar da sua criação e educação, a lei assegura-lhes o dever de reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, contra sua vontade e sem justa causa.

Para finalizarmos esse importantíssimo ponto que são os direitos e deveres dos pais sobre a pessoa do filho, cabe aqui mencionar a crítica que a professora Maria Berenice Dias, faz sobre as obrigações elencadas no Código Civil:

Elenca o Código uma série de obrigações dos genitores quanto à pessoa dos filhos menores (CC 1.634). Nesse rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial.³⁶

Nesse sentido, concordamos com a professora Dias, mais importante que suprir um filho no aspecto material, de prover com alimentos, por exemplo, é alimentá-lo com amor, carinho e atenção. Daí a tendência jurisprudencial, segundo a professora, em reconhecer a responsabilidade civil do genitor por abono afetivo, em face do descumprimento do dever de conviver afetivamente com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo.

3.4 Hipóteses de extinção, suspensão e perda do poder familiar

Como vimos, o poder familiar é instituto de proteção da menoridade, que investe os pais de um complexo de direitos e deveres em relação os filhos menores. Ao mesmo tempo em que é uma responsabilidade dada pelo Estado aos pais, devendo estes zelar pelos seus filhos, o exercício do poder familiar é um direito que, em regra, somente aqueles têm sobre estes. Entretanto, como qualquer outro direito presente em nosso ordenamento jurídico, o direito ao exercício do poder familiar não é absoluto, e como consequência disso, pode o Estado moderno legitimamente entrar no recesso da família, a fim de defender os menores que ali vivem.

³⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 460.

Assim, se os pais deixarem de aplicar o que é disposto na legislação brasileira, no que diz respeito à criação dos filhos, em todos os seus aspectos, o Estado, como principal fiscalizador do exercício do poder familiar, deverá intervir. Essa intervenção pode provocar desde a extinção, a suspensão e até a perda definitiva do poder familiar, conforme preceitua em especial o Código Civil de 2002, em seus art. 1.635, 1.637 e 1.638, respectivamente.

O primeiro instituto que iremos tratar é o instituto da extinção do poder familiar. A extinção do poder familiar nada mais é do que a interrupção definitiva da autoridade parental, ou seja, é a cessação definitiva do poder, ditada por fenômenos naturais ou jurídicos, elencados pela lei. É considerada a medida mais simples dentre as quais limitam o poder familiar, nesse sentido é considerada uma forma isenta de qualquer punição, na medida em que, em geral, não é motivada por falta aos deveres paternos ou descumprimento.

O artigo 1.635 do Código Civil de 2002 é taxativo, no que diz respeito às hipóteses causadoras da extinção do poder familiar, conforme *in verbis*:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
I - pela morte dos pais ou do filho;
II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
III - pela maioridade;
IV - pela adoção;
V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

A primeira hipótese é a morte dos pais ou do filho. É natural que com a morte de um dos sujeitos da relação do poder familiar, ou seja, com o desaparecimento jurídico dos pais ou dos filhos, essa relação deixa de existir e conseqüentemente, o instituto. Entretanto, vale ressaltar que a morte de apenas um dos pais, permanecendo o filho vivo, não é causa de extinção do poder familiar, tendo em vista que, caberá ao pai sobrevivente exercer de forma íntegra o referido poder.

Com relação à emancipação, concedida na forma da lei, por ato de vontade dos pais, ou de um deles na falta do outro, torna-se o filho maior, ou seja responsável por todos os atos da vida civil. Dessa forma, alcançada a maioridade civil, ficam os pais “desobrigados” com o filho, uma vez que o mesmo equipara-se ao maior, não havendo mais razão para existir o poder familiar, extinguindo-o.

Se com a emancipação ocorre a extinção do poder familiar, pelos mesmos motivos extingue-se o poder familiar, atingida a maioridade daquele que antes era menor.

Outra causa de extinção do poder parental é a adoção. O instituto da adoção é aquele em que uma criança ou adolescente, atendidos os procedimentos da lei, é inserido em outra família, que não a biológica, colocando-o na condição de filho. Segundo a professora Maria

Helena Diniz, a adoção extingue o poder familiar na pessoa dos pais naturais, transferindo-o ao adotante de forma irreversível, sendo ineficaz posterior arrependimento daquele se a criança foi entregue em adoção mediante procedimento regular.

Por derradeiro, é causa de extinção do poder familiar, a perda do referido poder que for decretada por decisão judicial pela ocorrência das hipóteses arroladas no art. 1.638 do Código Civil. Ou seja, nos casos de castigos imoderados, de abandono do filho, da prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e se incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no art. 1.637 do CC (abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos). Nessa hipótese, deverão ser observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Os casos de perda do poder familiar serão tratados com mais detalhes quando formos estudar o instituto da perda.

Concluimos que, a extinção do poder familiar dá-se por fatos naturais, de pleno direito, ou por decisão judicial, tendo como efeito o término da função de cuidado e proteção que existia entre pais e filhos. Ou seja, uma vez operada a extinção, não haverá mais autoridade alguma dos pais sobre os filhos, não existindo, qualquer poder residual aos pais em relação à função paterna.

A suspensão do poder familiar é outro meio de que se utiliza o Estado protetor para intervir no seio familiar, como forma de preservar os interesses do filho menor. A suspensão do poder familiar consiste na privação temporária do exercício do poder, por determinação legal e através de um procedimento próprio, sempre que ocorrer uma das hipóteses previstas em lei. A suspensão pode ser total ou parcial e pode ser sempre revista, quando superados os fatores que a provocaram.

As hipóteses, exemplificativas, que ensejam a decretação da suspensão do poder familiar estão dispostas tanto no Código Civil (art. 1637) quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 24 e 22) e no art. 6º, VII, da Lei nº 12.318/2010, conforme podemos verificar:

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

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

Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na

hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Art. 6º. Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Da simples leitura desses dispositivos, podemos elencar 4 (quatro) hipóteses legais de suspensão do poder familiar: o não cumprimento, pelos pais de seus deveres obrigatórios; a ruína dos bens dos filhos; o não cumprir ou fazer cumprir as determinações judiciais no interesse dos menores e, por fim, a prática de ato típico de alienação parental.

O parágrafo único do art. 1.637 do CC ainda menciona que suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Entretanto, tal dispositivo foi revogado pela Lei nº 12.962/2014 para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade, posto que a convivência familiar deve atender ao melhor interesse do menor. É nesse sentido que assevera a professora Maria Berenice Dias:

Desarrazoada a suspensão do poder familiar em face de condenação do guardião, cuja pena exceda a dois anos de prisão (CC 1.637 parágrafo único). Tal pena não implica, necessariamente, em privação da liberdade em regime fechado ou semiaberto, porquanto a lei penal prevê o cumprimento da pena igual ou inferior a quatro anos em regime aberto (CP 33 §2.º e), sem falar na possibilidade de substituição da pena por sanções restritivas de direitos (CP 44).

Faltar com os deveres de sustento, guarda, educação e convivência familiar e comunitária, pode ocasionar a suspensão do poder familiar para um ou ambos os pais, caso seja comprovada a negligência dos genitores. Todavia, a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

Da mesma forma, o genitor que não estiver administrando os bens do seu filho de forma correta, pode ser afastado da administração dos mesmos, podendo continuar com os outros deveres inerentes ao poder familiar. Assim, poderá ser destituído do poder familiar o genitor que, reiteradamente, diminua o patrimônio do menor, cuja administração esteja exercendo sem que as despesas estejam sendo efetivamente comprovadas.

Também, pode sofrer a suspensão do poder familiar, o genitor, que deixa de cumprir ou fazer cumprir, reiteradamente, decisões judiciais que determinam alguma obrigação para

com os filhos menores, como por exemplo, em uma decisão de guarda que fixa ao pai o direito de visitas, mas que a genitora, como forma de retaliação, dificulta esse direito ao pai. Nesse sentido, pode o juiz suspender o poder familiar da mãe.

Por fim, a prática de ato típico de alienação parental, pode ensejar a suspensão do poder familiar ao genitor que o estiver praticando. Ou seja, dissolvida a sociedade conjugal e, qualquer um dos genitores pratique atos que dificultem o exercício da autoridade parental, o contato de criança ou adolescente com o outro genitor, o exercício do direito regulamentado de convivência familiar ou que, ainda, omita deliberadamente informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, como informações escolares, médicas e alterações de endereço, pode o juiz, no devido processo legal, decretar a suspensão do poder familiar em relação ao autor de tais atos.

Assim, resumidamente, a suspensão do poder familiar refere-se à retirada temporária dos poderes dos pais sobre a pessoa e os bens dos filhos menores, com base na lei e após o devido processo legal. A suspensão do poder familiar é decretada via decisão judicialmente, em que são obedecidos o contraditório e a ampla defesa, conforme legislação civil.

Agora, vamos tratar da última e mais grave forma de limitação do poder familiar feita pelo Estado. Por ser a mais drástica, somente deve ser utilizada em último caso e ocorre via decisão judicial.

A perda do poder familiar é a medida imposta, ao pai ou à mãe, em virtude da falta aos deveres dos pais para com o filho, ou falha em relação à condição paterna ou materna. Em regra, é permanente, embora o seu exercício possa restabelecer-se, quando comprovada a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou, por sentença imperativa abrange toda a prole e não somente um ou alguns filhos.

O art. 1.638 do Código Civil, elenca os 4 (quatro) casos em que se dará a destituição do poder familiar e o §2º do art. 1º da Lei nº 12.962/2014, que altera o ECA, elenca 1 (um) caso, *in verbis*:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Art. 1º A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990- Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar com as seguintes alterações:

§2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

Castigar imoderadamente o filho é causa que permite ao juiz decretar a perda do poder familiar. Todavia, esse inciso I, foi tacitamente revogado pela Lei nº 13.010/2014, conhecida com a Lei da Palmada (Lei do menino Bernardo). A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Concluimos que o Código Civil de 2002 permitia que os pais castigassem, moderadamente, seus filhos, entretanto tal dispositivo foi tacitamente revogado pela lei supracitada, ou seja, os pais estão proibidos de castigar seus filhos.

Deixar o filho em abandono material e/ou moral também é causa de perda do poder parental. Segundo Carlo Roberto Gonçalves o abandono priva o filho do direito à convivência familiar e comunitária, além de prejudicá-lo em diversos sentidos, pois esse abandono coloca em risco a sua saúde e sobrevivência.³⁷

Dessa forma, abandonar, sob qualquer forma a prole, é causa de perda do poder familiar. Ademais, o próprio Código Penal visa reprimir as mais diversas formas de abandono de filho menor.

Outra conduta dos pais que pode ensejar a perda do poder familiar é a pratica de atos contrários à moral e aos bons costumes. O genitor, sendo o responsável direto pela educação do filho, deve servir de exemplo para a prole, nesse sentido de agir de forma reta e honesta, condição fundamental para a boa educação dos filhos.

O lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Dessa forma, o genitor que pratica atos contra a moral e os bons costumes, como a falta de pudor, o alcoolismo, a prostituição, o uso de entorpecentes ou a ociosidade não está apto a criar um filho. Sendo assim, é nessa perspectiva que o juiz deve destituir o poder familiar daquele que não está em condições que criar a sua prole.

Da mesma forma, incidir, reiteradamente, nas faltas que ensejam a suspensão do poder familiar é causa que pode provocar a destituição do poder familiar. O real objetivo dessa medida é coibir a ação danosa dos pais em relação aos filhos. Todavia, como tem natureza gravosa, o juiz deverá ter cautela para não decretar a perda do poder familiar quando tal medida não seja realmente necessária aos interesses e à proteção do menor.

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 388.

Por fim, nos termos da Lei nº 12.962/2014, será destituído do poder familiar o genitor que fora condenado criminalmente por crime doloso, com pena de reclusão, praticado contra o próprio filho ou filha. A perda do poder familiar é considerada para efeito da condenação.

Enfim, a perda do poder familiar é considerada a sanção mais grave, na medida em que não se admite reaver a titularidade e o exercício deste poder por parte daquele que o perdeu. Nesse sentido, é importante ressaltar que tal medida só deve ser aplicada levando-se em consideração, sobretudo, o melhor interesse e proteção da criança e do adolescente.

4 DA GUARDA

4.1 Conceito e evolução legislativa no direito brasileiro

Como vimos, decorre do poder familiar a obrigação dos pais de proteger os seus filhos, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal entre aqueles. É nesse sentido que dispôs o Código Civil de 2002 no capítulo intitulado “da proteção das pessoas do filhos”, compreendido entre os artigos 1.583 e 1.590, o instituto da guarda. Da mesma forma, o fez o Estatuto da Criança e do Adolescente entre os arts. 33 a 35.

A palavra guarda é derivada do vocábulo latim *guarda* e que significa proteção, cuidado e vigilância. A doutrina civilista brasileira conceitua a guarda das mais diversas maneiras, senão vejamos:

Para o professor Paulo Lobo³⁸, a guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos, dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Ou seja, é de responsabilidade dos pais o dever de cuidar dos seus filhos, zelando pela sua educação, alimentação, saúde e moradia.

Na visão da jurista Maria Helena Diniz³⁹, a guarda é o instituto que destina à prestação de assistência, material, moral e educacional ao menor, dando ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, regularizando assim a posse de fato.

Para a professora Maria Berenice Dias⁴⁰, em uma visão mais moderna, a palavra guarda significa verdadeira coisificação do filho, colocando-o muito mais na condição de objeto do que sujeito de direito. Daí a preferência da autora pela expressão direito de convivência, dando um sentido mais humanístico ao instituto e ao seu sujeito, uma referência ao art. 227 da Constituição Federal de 1988, que assegurou à criança e ao adolescente, como dever, primeiro da família, o direito à convivência familiar e comunitária.

Por fim, nos alinhamos, com o conceito de Waldyr Grisard Filho⁴¹, segundo o qual o instituto da guarda não se define por si mesmo, senão através dos elementos que o asseguram. Ou seja, a guarda surge como um direito-dever natural e originário dos pais (de forma unilateral ou não) que consiste na convivência com seus filhos e no pressuposto que possibilita o pleno exercício do poder familiar que está elencado nos incisos do art. 1.634 do Código Civil de 2002.

³⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 190.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 27 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 677.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 522.

⁴¹ FILHO, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 65.

Nesse contexto, podemos concluir que a guarda significa tão somente o direito-dever dos pais sobre os filhos menores, e tê-los em seu poder, não é mais do que tê-los sob sua guarda, companhia, educação e cuidados.

Como já mencionamos no início deste trabalho, o direito privado, sobretudo o direito de família, teve de se adequar às constantes mudanças culturais, econômicas e sociais pelas quais passou a sociedade, mormente, no último século. Acompanhando essa tendência, o instituto da guarda foi alvo de grande evolução legislativa, devido a permanente mutação que passou a caracterizar as relações familiares.

Tentaremos traçar, a partir de agora, essa evolução legislativa que caracterizou o referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na guarda de filhos de pais separados.

O professor Waldyr Grisard⁴² ensina que o primeiro diploma brasileiro que tratou sobre o destino de filhos de pais separados, foi o Decreto nº 181 de 24 de Janeiro de 1890, do final do século XIX, que regulamentava o casamento civil.

Os artigos do referido decreto que estabelecia a guarda dos filhos eram os arts. 90 e 95, *in verbis*:

Art. 90. A sentença do divórcio litigioso mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.

Art. 95. Declarado nulo ou anulado o casamento sem culpa de algum dos contraentes, e havendo filhos comuns, a mãe terá o direito à posse das filhas, enquanto forem menores, e a dos filhos até completarem a idade de 6 anos.

Depreende-se desses artigos situações que hoje são tidas como inadmissíveis para determinar a guarda do filho menor. A guarda dos filhos menores era dada ao cônjuge que não tenha dado causa ao divórcio e, que no caso de casamento nulo ou anulado, sem culpa de qualquer um dos cônjuges, a mãe ficaria com as filhas e o marido, com os filhos, após estes completarem 6 anos de idade. Nota-se também, pela leitura dos dispositivos, que o legislador tentou proteger o interesse do cônjuge menos favorecido e inocente, em detrimento ao interesse do menor.

Posteriormente, já no início do século XX, temos a Lei nº 3.071/1916 (Código Civil) que regulou o instituto da guarda, no capítulo que tratava sobre a proteção da pessoa dos filhos, nos artigos 325 e 326. Esses artigos faziam menção da guarda em duas situações

⁴² FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. . 8. ed . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66.

distintas: uma, quando a dissolução da sociedade conjugal fosse feita de forma amigável e, outra, quando a dissolução fosse feita de forma judicial. Ficando assim estabelecido.

Se de forma amigável fosse à dissolução, a guarda ficaria:

a) conforme tivesse sido acordado entre os cônjuges;

Se de forma judicial fosse à dissolução, a guarda ficaria:

a) no caso de inocência de algum dos cônjuges: com o cônjuge inocente, independente da idade ou do sexo do menor;

b) se ambos fossem culpados: a mãe teria o direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. Já os filhos maiores de seis anos seriam entregues à guarda do pai.

Notamos ainda, que na determinação da guarda estabelecida pelo Código Civil de 1916, incluindo a dissolução amigável da dissolução conjugal, o interesse maior a ser considerado na guarda dos filhos continuava sendo o dos cônjuges.

O Decreto-Lei nº 9.701/1946, dispondo sobre a guarda de filhos no desquite judicial, estabeleceu que a guarda de filhos menores, não entregues aos pais, será deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita aos filhos.

A Lei nº 4.121/1962, Estatuto da Mulher Casada, conservou as disposições sobre o desquite amigável, mas promoveu algumas mudanças no desquite litigioso, relativamente à guarda dos filhos do Código Civil de 1916. No caso de desquite amigável ficou inalterada a disposição, ou seja, havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores.

Entretanto, no caso de ambos os cônjuges culpados, todos os filhos menores passariam à guarda da mãe, diferentemente do dispositivo anterior em que, no caso de culpa recíproca, a mãe ficaria com o direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. Com o pai ficaria os filhos maiores de 6 anos. Todavia, com a nova redação, caso o juiz verificasse que, ficando com a mãe, isso fosse trazer algum prejuízo de ordem moral ao infante, a guarda seria concedida ao pai.

Ainda na hipótese de culpa recíproca, outra novidade foi que, verificando o juiz que não devessem os filhos permanecer nem em poder da mãe nem do pai, poderia ele deferir a guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, ainda que essa pessoa não mantivesse relações sociais com o outro, sendo lhes assegurado a este o direito de visita. Senão vejamos:

§1º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§2º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita.

Concluimos dessa alteração legislativa que, embora ainda tenha permanecido o interesse dos cônjuges na determinação da guarda, o legislador passou a preocupar-se, a nosso ver, pela primeira vez, de forma mais contundente com o interesse do menor, na medida em que deixou margem para o juiz decidir sempre que verificar prejuízo para a criança, ou seja, decidir com base no interesse do infante.

Posteriormente, a Lei nº 5.582/1.970, estabeleceu que o filho natural, se fosse reconhecido por ambos os genitores, ficaria sob a guarda da mãe, exceto se tal solução acarretasse prejuízo ao menor. Estabeleceu, ainda, que os filhos menores poderiam estar sob a guarda de pessoa idônea, dando preferência aos familiares de qualquer dos genitores, podendo o magistrado modificar a sua decisão, visando o interesse do menor.

Mais adiante, com o advento da Lei nº 6.515/1977 (Lei do Divórcio), a guarda ficou estabelecida da seguinte forma:

- a) Na separação consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos;
- b) Na separação não consensual, o destino dos filhos menores obedecerá às peculiaridades de cada uma de suas modalidades:
 - b.1) Na separação judicial pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum, a guarda dos filhos ficaria com o cônjuge que a ela não tiver dado causa;
 - b.2) Na separação judicial pedida por um dos cônjuges, quando este provar a ruptura da vida em comum há mais de 5 (cinco) anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição, a guarda dos filhos ficaria com o cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum.
 - b.3) Na separação judicial, onde a culpa é recíproca, a guarda dos filhos menores ficariam em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa causar prejuízo de ordem moral a eles.

Nesse sentido, percebemos a que Lei do Divórcio, em pouco modificou os dispositivos legais que o precederam, estabelecendo a guarda de acordo com a tipo de separação, se consensual ou não, e também estabelecendo a possibilidade de o juiz decidir de forma contrária aos interesses dos cônjuges.

Esse panorama só veio a ser alterado com a Constituição Federal de 1988 que estabeleceu em seu artigo 277 que é dever da família, em primeiro lugar, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito à convivência

familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Nesse sentido, estabeleceu a CF o direito à convivência familiar, reforçando-se assim, o instituto da guarda como forma de garantia desse direito.

O Código Civil de 2002, segundo Waldyr Grisard⁴³, em nada alterou, conservando-se o espírito do sistema até então vigente com vistas à preservação do melhor interesse do menor, conforme verificamos nos dispositivos do referido Código:

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Nesse sentido, observamos que o Código de 2002 acaba com o regime de perda da guarda do filho devido à culpa do cônjuge na separação e na prevalência materna pela guarda em caso de culpa recíproca como estavam fixados nas legislações pretéritas. Inova também, ao disciplinar a fixação da guarda em sede de medida cautelar de separação de corpos.

No ano de 2008, temos nova mutação legislativa quanto ao instituto da guarda. É a Lei nº 11.698/2008 que altera o Código Civil de 2002 para instituir a guarda compartilhada no direito brasileiro. Segundo esse diploma legal, a guarda será do tipo unilateral ou compartilhada.

A guarda unilateral ou compartilhada poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

Ainda segundo a Lei nº 11.698/2008 quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. Todavia, caso o juiz verificasse que o filho não devesse permanecer sob a guarda do pai ou da

⁴³ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. . 8. ed . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 70.

mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Por fim, finalizando esse histórico legislativo do instituto da guarda, temos como alteração mais recente, a aprovação da Lei nº 13.058/2014 que veio estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Todavia, como a guarda compartilhada é o objeto principal deste trabalho, deixaremos para discorrer sobre a mesma, de forma aprofundada, em momento próprio.

4.2 Modalidades de guarda

A doutrina e a jurisprudência classificam o instituto da guarda em várias modalidades, a depender dos seus fins e características. Como o objetivo maior deste trabalho é o estudo da guarda compartilhada, iremos classificar o referido instituto quanto ao seu modelo de exercício, após a ruptura da sociedade conjugal dos pais. Nesse sentido, dividiremos a guarda em: unilateral, alternada, aninhamento e compartilhada.

4.3 Guarda unilateral ou exclusiva

A guarda unilateral, também chamada de exclusiva, é aquela que, após a ruptura da sociedade conjugal, é exercida por apenas um dos pais, ficando o outro com o direito de visitação e com o dever de prestar alimentos.

Segundo o §1º do art.1.583, alterado pela Lei nº 11.698/2008, compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Esse tipo de guarda poderá ser requerida, por consenso, pelo pai ou pela mãe, ou ainda, decretada pelo juiz, quando um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Ao contrário do que acontecia anteriormente, quando o genitor que não detinha a guarda, ficava apenas com direito de visitas e o dever de alimentos, o §5º do art. 2º da Lei nº 13.058/2014 veio estabelecer, àquele que não detém a guarda, o dever de supervisionar os interesses dos filhos menores, solicitando, para tanto, informações de interesse do menor, pois a guarda de apenas um dos genitores não retira do outro o poder familiar e o dever de fiscalizar se o genitor guardião está correspondendo a todas as necessidades do menor. Senão vejamos:

Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

§5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Sobre esta modalidade de guarda, Sílvio de Salvo Venosa⁴⁴ assevera que não é porque um dos pais não tem a guarda do filho que deve deixar de exercer a orientação e fiscalização que são próprias do poder familiar. Deve participar de sua educação e de questões que envolvem afeto, apoio e carinho.

Anterior à Lei nº 13.058/2014, o Código Civil estabelecia que a guarda unilateral deveria ser atribuída ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para manter as relações do filho com o grupo familiar, bem como saúde, segurança e educação. Entretanto, no ano de 2014, esse critério foi revogado pela nova lei da guarda compartilhada.

A guarda unilateral sempre foi a regra no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, após a entrada em vigor da lei retrocitada, quando não houver consenso entre os pais, ela será exceção, posto que encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Diante do exposto, entende a doutrina majoritária que, atualmente, salvo raras exceções, esta modalidade de guarda não mais se amolda a realidade das famílias contemporâneas, por considerarmos, que nos dias de hoje, para que se tenha um completo desenvolvimento do menor deve haver a divisão comum de direitos e obrigações entre os seus genitores, para que cada qual possa ensinar e criar o menor da melhor forma possível.

Outrossim, acreditamos que a simples limitação de tempo de visitação e o fornecimento de alimentos são insuficientes para se atinja o melhor interesse da criança e, por conseguinte, o seu desenvolvimento físico, psicológico, educacional e moral satisfatórios.

4.4 Guarda alternada ou pendular

Este modelo de guarda implica, como o próprio nome sugere, uma alternância da guarda do menor entre os seus genitores, isto é, um período a guarda está com a mãe, outro

⁴⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.85.

período com o pai. Essa modalidade é comumente confundida com a guarda compartilhada, mas que tem características próprias.

A guarda alternada nada mais é que uma guarda exclusiva alternada, ou seja, a guarda é atribuída a ambos o genitores, porém de forma alternada e em períodos pré-determinados. Portanto, cada um dos genitores poderá exercer de maneira integral o poder familiar durante o período em que estiver na posse do menor.

Corroborando com esse entendimento, nos ensina a professora Roberta Alves Bello:⁴⁵

Com efeito, a guarda alternada, como a própria designação indica, caracteriza-se pelo exercício exclusivo alternado da guarda, segundo um período de tempo pré-determinado, que tanto pode ser anual, semestral, mensal, findo o qual os papéis dos detentores se invertem, alternadamente. De certo modo, a guarda alternada é também unilateral porque só um dos pais num curto espaço de tempo detém a guarda.

Esta modalidade, fruto da doutrina e da jurisprudência, é a menos adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Essa modalidade de guarda opõe-se fortemente, segundo Waldyr Grisard Filho, ao princípio de “continuidade do lar”, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança.

Por outro lado, apesar de criticada pela doutrina e pela jurisprudência, em virtude dos malefícios que sua adoção pode trazer à criança, analisando o caso concreto, a guarda alternada pode ser perfeitamente aplicada sempre que estiver em jogo o melhor interesse da criança e do adolescente. Foi nesse sentido que decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais em julgado de 2011:

FAMÍLIA. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SITUAÇÃO DE ALTERNÂNCIA QUE, EMBORA NÃO ACONSELHÁVEL PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA, SE CONSOLIDOU NO TEMPO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ESTUDOS PSICOSSOCIAIS. PROVA SEGURA. CRIANÇA ADAPTADA E FELIZ. SENTENÇA MANTIDA. - A guarda alternada de filho entre pais não é providência que se recomenda quando a autoridade judiciária irá, pela primeira vez, definir quem conservará a prole consigo. - No entanto, se a guarda alternada consolidou-se por mais de três anos e os estudos sociais realizados indicam que o filho encontra-se saudável, feliz e com desenvolvimento emocional normal, não é razoável modificá-la para estabelecer a guarda unilateral. ⁴⁶

Como vemos, embora ainda seja aplicada em nosso direito pátrio, diferente do que afirmam alguns, nos filiamos à corrente que prefere evitar tal modelo de guarda, tendo em

⁴⁵ BELLO, Roberta Alves. Guarda alternada versus guarda compartilhada: vantagens e desvantagens nos processos judicializados de continuidade dos laços familiares. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11387>. Acesso em: dez. 2016.

⁴⁶ TJMG, Apelação Cível. Processo nº 07271641020088130153, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, julgado em 02/08/2011.

vista a instabilidade que pode gerar ao menor, devido à mudança sistemática de ambientes por tempos prolongados. Outrossim, ainda pode provocar uma menor uniformidade da vida cotidiana dos filhos, o que pode acarretar uma instabilidade na consolidação de valores, hábitos e padrões, comprometendo de maneira substancial a sua formação psicossocial, o que vai de encontro ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

4.5 Guarda aninhamento ou nidação

A modelo de guarda chamado de aninhamento é aquele em que, ao contrário do que ocorre na guarda alternada, em que o filho alterna entre as residências do pai e da mãe, são os genitores que se revezam, em tempos alternados, mudando-se para a casa onde vive o menor. A expressão aninhamento tem relação com a figura do ninho, qual seja, o local de residência dos filhos.

Embora não exposto expressamente no Código Civil brasileiro, a sua aplicação não é proibida. Todavia, é um modelo pouco utilizado em nossa jurisprudência, pelos altos custos que impõem à sua manutenção. Ele ocorre de forma mais comum em países europeus. Sobre a sua efetiva aplicação desse modelo, nos ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:⁴⁷

Para evitar que a criança fique indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe, segundo o regime de visitas), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia da mesma. Vale dizer, o pai e a mãe, já separados, moram em casas diferentes, mas a criança permanece no mesmo lar, revezando-se os pais em sua companhia, segundo a decisão judicial. Tipo de guarda pouco comum, sobretudo porque os envolvidos devem ser ricos ou financeiramente fortes. Afinal, precisarão manter, além das suas residências, aquela em que os filhos moram.

Sendo assim, apesar de permitida pelo nosso ordenamento jurídico, a guarda aninhamento mostra-se inviável para nossa cultura, em virtude dos altos custos envolvidos em sua manutenção. Nesse sentido, para a nossa realidade não passa assim de um possibilidade que só tem espaço na teoria.

4.6 Guarda compartilhada ou conjunta

⁴⁷ STOLZE, Pablo. Novo Curso de Direito de Família. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 609.

Após o rompimento da sociedade conjugal, acaba havendo uma redefinição das funções parentais, resultando-se assim em uma nova divisão dos encargos com relação à prole em comum.

Segundo a professora Maria Berenice Dias⁴⁸, o dinamismo das relações familiares, com o maior comprometimento de ambos os genitores no cuidado e educação com os filhos, fez vingar a guarda compartilhada ou conjunta, que assegura maior proximidade física e imediata dos filhos com os seus genitores.

A guarda compartilhada é o modelo de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualitária. Embora, nesse modelo de guarda, a residência do menor seja fixada na casa de um dos genitores, ambos possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigação em relação aos filhos menores.

A guarda compartilhada é a modalidade preferível em nosso sistema, dado suas inegáveis vantagens, principalmente sob o aspecto da repercussão psicológica nos filhos, se comparada a qualquer outro tipo de guarda.

Como o objetivo desta parte do trabalho, é tão somente classificar os principais tipos de guardas existentes em nosso ordenamento jurídico brasileiro, que ocorrem após o rompimento da sociedade conjugal, e também, como a guarda compartilhada será objeto de estudo em capítulo específico, nos limitamos aqui a traçar somente seus aspectos iniciais, tendo em vista que o estudo aprofundado desse instituto será feito a seguir.

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 516.

5 A GUARDA COMPARTILHADA

5.1 A origem e evolução do instituto da guarda compartilhada

Como já dito antes, as constantes mudanças na sociedade acarretaram, por conseguinte, alterações no Direito de Família, principalmente no tocante à guarda dos filhos, advindos das relações conjugais. Visando atender a essas mudanças ocorridas no seio familiar, surgem novas modalidades de guardas, dentre elas, a guarda compartilhada.

A guarda compartilhada é o modelo de guarda que tem como objetivo valorizar o convívio do menor com seus genitores, mantendo, mesmo após a ruptura da sociedade conjugal, o exercício em comum da autoridade parental, reservando a cada um dos pais o direito de participar das decisões em comum em relação ao filho, levando-se em consideração sempre o melhor interesse da criança e do adolescente.

As notícias que se têm, segundo Waldyr Grisard⁴⁹, é que o instituto da guarda compartilhada surgiu na Inglaterra por volta do ano de 1960. No direito inglês, no séc. XIX, na vigência do sistema *common law*⁵⁰, os filhos eram considerados propriedade do pai, nesse sentido, no caso de conflitos, a guarda era dada ao pai, tido como aquele que tinha as melhores condições de sustentar os filhos. É como nos mostra Eduardo de Oliveira Leite:⁵¹

Na Inglaterra o pai sempre foi considerado proprietário de seus filhos, logo, em casos de conflito, a guarda lhe era necessariamente concedida. Somente no séc. XIX, o Parlamento Inglês modificou o princípio e atribuiu à mãe a prerrogativa de obter a guarda de seus filhos e, a partir de então, a prerrogativa exclusiva do pai passou a ser atenuada pelo poder discricionário dos tribunais.

Com a Revolução Industrial e a conseqüente ida dos homens do campo para a cidade, a mãe passou a ser a principal responsável pela criação e educação dos filhos. Com isso, os Tribunais, passaram a conceder à mãe, no caso de separação, a guarda dos filhos menores.

⁴⁹ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 134.

⁵⁰ A *common law* é um termo utilizado para referir-se a normas e regras de caráter jurídico não escritas, porém sancionadas pelo costume ou pela jurisprudência. Seu nome provém do direito medieval inglês que se desenvolveu a partir do século XII, ao ser ministrado pelos tribunais do reino, refletindo os costumes comuns dos que nele viviam, partindo do princípio de que as questões devem ser resolvidas com base em sentenças judiciais anteriores, e não preceitos legais fixados antecipadamente. A reunião de sentenças judiciais sobre várias situações semelhantes permitem extrair regras gerais que geram precedentes e que se convertem em orientações para o julgamento futuro dos juízes, em casos análogos. Vigora na Inglaterra e nos países originalmente colonizados pelos ingleses (Enciclopédia Barsa, 1994, v. 6, p. 290).

⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito de Família - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 276.

Entretanto, mais tarde, as crescentes mudanças nas relações familiares, sobretudo com o movimento feminista, a facilitação ao divórcio, a aceitação da união estável e a maior inserção da mulher no mercado de trabalho, provocaram o surgimento de novos conceitos e direitos no âmbito das relações familiares.

Nesse sentido, os Tribunais ingleses passaram a repensar na igualdade de direito entre os pais, e os efeitos que o envolvimento de ambos teria na criação e educação dos seus filhos. Isso provocou uma nova era nos arranjos de guarda e visita, o que fez com que os Tribunais passassem a decidir sobre o fracionamento da guarda, isto é, sobre o compartilhamento da guarda dos filhos, levando sempre em conta o melhor interesse da criança e dos adolescentes e a igualdade entre pai e mãe.

Após seu início na Inglaterra, o instituto da guarda compartilhada espalhou-se pelos países europeus e também por aqueles que herdaram o sistema jurídico da Inglaterra. Evoluindo-se de maneira substancial nos países da França e Canadá e, posteriormente, por quase toda a América. É o que nos ensina Waldyr Grisard.⁵²

A guarda compartilhada nasceu há pouco mais de 50 anos na Inglaterra e de lá se trasladou para a Europa continental, desenvolvendo-se na França. Depois atravessou o Atlântico, encontrando eco no Canadá e nos Estados Unidos. Presentemente desenvolve-se na Argentina e no Uruguai.

5.2 A guarda compartilhada no direito comparado

A guarda compartilhada, como dissemos, nasceu na Inglaterra, por volta da década de 1960. Desde então, ela passou a ser utilizada pelo direito comparado em várias partes do mundo, acabando com o predomínio da guarda unilateral que até então era predominante nos tribunais de todo o mundo.

Com isso, superou-se o tradicional sistema de visitas, característica principal da guarda unilateral, e passou-se a privilegiar a igualdade entre os pais e, sobretudo, o melhor interesse da criança, tido como fundamental para o desenvolvimento completo menor.

Nesse sentido, vamos discutir, a seguir, como se deu o instituto da guarda compartilhada nos principais países europeus e americanos.

Depois de iniciada no direito inglês, a guarda compartilhada fortaleceu-se na França já na década de 1970 com o propósito de amenizar as injustiças que a guarda unilateral

⁵² FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 143.

provocava. Inicialmente, sem previsão legal no direito francês, a guarda compartilhada estava presente somente nos tribunais.

A jurisprudência dos tribunais franceses culminou na Lei nº 87.570/1987, que modificou o Código Civil Francês estabelecendo, em resumo, que a autoridade parental é exercida conjuntamente por ambos o pais e a eles corresponde o direito e o dever de guarda dos filhos menores e que, no caso de separação, compete a ambos o compartilhamento da guarda, ou não havendo acordo, o juiz decidirá a respeito, sempre levando em consideração o interesse da criança.

No direito canadense, entendemos que a guarda compartilhada é mitigada, embora tenha previsão legal desde 1985. No Canadá, a guarda dos filhos, após o divórcio, é dada a um dos pais, concedendo-se ao outro o direito de visita. Nesse país a guarda compartilhada só é concedida se um dos pais assim o manifestar, por meio de acordo, para melhor atender aos interesse seus e dos filhos.

Entretanto, no caso de pais separados, isto é, nos casos em que pai e mãe nunca coabitaram juntos, os tribunais têm decidido pela guarda compartilhada, posto que, tal instituto traz melhores benefícios psicológicos para todos os envolvidos, prova disso que em muitos casos, os relacionamentos entre pais e entre estes e os filhos tornam-se cada vez melhores.

A guarda compartilhada no direito americano teve início na década de 1970. Esse modelo surgiu sobretudo devido ao fracasso do modelo da guarda unilateral, evidenciado por problemas comportamentais, pelos quais passavam os filhos de pais divorciados. No início da década de 1970, pequenos grupos de pais, que desejavam continuar a relação com os filhotes menores, após o divórcio, iniciaram um movimento a favor da guarda compartilhada.

Com isso foram desenvolvidos estudos, pesquisas e debates que comprovaram a eficiência do modelo compartilhado. De acordo com Waldyr Grisard⁵³ o direito absorveu a nova tendência e a desenvolveu largamente. Nos Estados Unidos a guarda compartilhada é um dos tipos que mais cresce, devido principalmente à comprovação de seus benefícios, conforme nos ensina o referido autor:

Presentemente, é política pública nos Estado assegurar ao menor contato frequente e continuado com ambos os pais depois que se separam ou divorciam, incentivando o compartilhamento dos direitos e das responsabilidades. Haverá sempre uma forte presunção natural de que a guarda compartilhada está nos melhores interesses da criança. Hoje, a legislação de cerca de quarenta e cinco Estados, autoriza a guarda

⁵³ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 147.

compartilhada e em apenas 7 não é especificamente autorizada. Em outras 12 é presumida e em outros 8 a presunção se dá por acordo de ambos os pais.

Nesse sentido, verificamos que a maior contribuição do direito norte-americano ao instituto em análise, sem dúvida, foi admitir uma presunção natural de que a guarda compartilhada está nos melhores interesses do menor, pois é o que se pretende resguardar através do novo modelo.

No direito argentino a guarda compartilhada foi introduzida no ano de 1985, através da Lei nº 23.264, que modificou em grande parte o Direito de Família Argentino. A legislação argentina tem como regra a guarda compartilhada, sendo destinado ao pai e a mãe a responsabilidade conjunta, sendo casados ou não.

Nesse sentido, aduz o artigo 265 do Código Civil Argentino, com a redação dada pela Lei nº 23.264/85, que os filhos menores de idade estão sob a autoridade e cuidado de seus pais, que têm a obrigação e o direito de criar seus filhos, alimentá-los e educá-los, conforme sua condição e fortuna.

Finalizando, afirma Waldyr Grisard⁵⁴ que “as profundas alterações sociais e familiares que aconteceram no último quartel do século XX, provocaram, em todas as legislações, substanciais mudanças nessa matéria, reequilibrando os direitos parentais e colocando o menor no centro da questão, colimando que conquiste uma boa formação intelectual, moral, dentro da maior rigidez somática e psíquica, não mais importando o interesse dos pais, senão o dos filhos, tanto é que, em caso de separação dos pais, a guarda do menor é equacionada em função do que convém, abstraído o desejo dos pais.”

5.3 A guarda compartilhada no direito brasileiro

O instituto da guarda compartilhada ou guarda conjunta, como também é conhecida, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro, de forma expressa, com o advento da Lei nº 11.698 de 13 de Junho de 2008, que modificou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002.

Anterior à Lei nº 11.698/2008 não havia no direito pátrio uma previsão legal para o instituto da guarda compartilhada. Todavia, em homenagem ao princípio que privilegia o melhor interesse da criança e do adolescente, juntamente com base no princípio da igualdade

⁵⁴ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 142.

entre os cônjuges e por não haver qualquer tipo de vedação, a possibilidade dessa guarda já vinha sendo adotado pelos tribunais brasileiros, mesmo que de forma excepcional.

Como vimos no capítulo “DA GUARDA”, anterior à vigência da Lei nº 11.698/2008, o instituto da guarda determinava, nos termos do então Código Civil vigente, que no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, se observaria o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos e, de forma suplementar, ela seria atribuída a quem revelasse melhores condições para exercê-la.

E ainda, verificando que os filhos não deveriam permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferiria a sua guarda à pessoa que demonstrasse compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica. Ou seja, anterior à Lei nº 11.698/2008 o que prevalecia no direito brasileiro era a guarda unilateral.

Dessa forma, de início, os juízes brasileiros foram muito cautelosos na aplicação da guarda compartilhada, sobretudo por falta de expressa disposição legal. Com o tempo, ela passou a ser vista como uma possibilidade de diminuir os sofrimentos acometidos aos filhos menores, advindos da ruptura conjugal, possibilitando a observância do melhor interesse da criança e do adolescente. Vejamos o que nos ensina o professor Waldyr Grisard⁵⁵:

Buscou-se, então, escolher um modelo, novo, que privilegiasse a ideia, na ruptura conjugal, de compartilhamento dos pais no cuidado aos filhos menores, voltado para o melhor interesse das crianças. A substituição do modelo tradicional de guarda (única), exercida sistematicamente pela mãe, por outro, que almeja preservar o melhor nível de relacionamento entre pai e mãe, com vistas a proporcionar um desenvolvimento ótimo dos chamados “filhos do divórcio”, tem sido, como vimos, objeto de estudo de larga utilização no direito estrangeiro e cada vez mais crescente no direito brasileiro.

Ou seja, mesmo antes da Lei nº 11.698/2008, os tribunais brasileiros já privilegiavam a guarda compartilhada em detrimento da exclusiva, conforme percebemos no precedente do TJRJ do ano de 2007, em Agravo de Instrumento nº 2007.002.02406, dado provimento, por unanimidade pelo colegiado. O recurso deu-se pelo fato de o juiz de primeiro grau rechaçar a guarda compartilhada sob o argumento de que se os menores iriam residir com a mãe, a guarda deveria ser atribuída a ela; a nosso ver um argumento totalmente ultrapassado:

1) DIREITO DE FAMÍLIA. DIVÓRCIO CONSENSUAL. ACORDO SOBRE A GUARDA DOS FILHOS, DE FORMA COMPARTILHADA, rechaçada pelo Juízo

⁵⁵ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 163.

a quo ao fundamento de que, se os menores residirão com a genitora, a guarda deverá ser expressamente atribuída à mesma. 2) A família vem sofrendo profundas mudanças em todo o mundo, deixando de ser um simples núcleo econômico e de reprodução para transformar-se num espaço de amor e companheirismo. No momento em que ocorre a separação do casal, desde que haja harmonia, a Guarda Compartilhada é uma opção madura para uma saudável convivência entre filhos e pais separados, já que não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas também a outros atributos da autoridade parental. 3) Em caso de separação ou divórcio consensual, deve ser observado o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos. Inteligência do art. 1583, Cód. Civil. 4) A intervenção estatal na questão só se justifica quando apurado que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos menores, o que não é o caso dos autos. 5) O simples fato da fixação da residência dos menores com a mãe ou dos pais residirem em bairros distintos e distantes, por si só, não tem o condão de afastar a intenção dos agravantes de exercerem, conjuntamente, os poderes inerentes ao pátrio poder, de forma igualitária e com a mesma intensidade participando das grandes decisões relativas às crianças, consagrando o direito dos filhos de serem criados por seus dois pais. 6) PROVIMENTO DO AGRAVO. Decisão unânime.⁵⁶

Essa nova tendência dos tribunais brasileiros em conceder a guarda conjunta, culminou, assim como ocorreu no direito comparado, na lei da guarda compartilhada brasileira, a Lei nº 11.698/2008. A propósito, como vimos, na maioria dos países europeus e americanos o instituto foi legislado ainda nas décadas de 1970 e 1980, enquanto aqui no Brasil, ocorreu tardiamente, somente no final da década de 2000.

5.3.1 A guarda compartilhada de acordo com a Lei nº 11.698/2008

Pronto, agora o direito brasileiro também tem a sua lei sobre a guarda compartilhada. A Lei nº 11.698/2008 surge com o objetivo de pacificar a admissibilidade do modelo, que era incomum na doutrina e tímido na jurisprudência, constantemente confundido por muitos com a guarda alternada.

Ademais, as constantes mudanças que já vinham ocorrendo a bastante tempo no seio da sociedade provocaram, sobretudo, através dos julgados de tribunais e juízes, a tendência cada vez mais forte ao desuso do antigo sistema de guarda única, que era invariavelmente concedida à mãe. Segundo Waldyr Grisard⁵⁷, esse modelo ultrapassado “não mais atendia a vasta e crescente problemática da guarda de filhos após a dissolução da sociedade conjugal (do casamento ou da união estável). Sobravam efeitos patológicos a quem estava na fase de constituição da personalidade, ao menor”.

⁵⁶ TJRJ, Agravo de Instrumento nº 2007.002.02406, Rel. Des. Paulo Maurício Pereira, julgado em 08/05/2007.

⁵⁷ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 169.

Pois bem, é nesse contexto de alteração dos antigos padrões familiares de convivência entre pais e entre eles e seus filhos, que surgiu a Lei nº 11.698/2008. A lei alterou sensivelmente os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro.

A guarda antes da referida lei obedecia ao seguinte: no caso de dissolução da sociedade conjugal, de forma consensual, observaria o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos, ou decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que houvesse entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, seria ela atribuída a quem revelasse melhores condições de exercê-la, ou ainda, verificando, o juiz, que os filhos não devesse permanecer nem com o pai e em nem com a mãe, o juiz deferiria a sua guarda à pessoa que revela compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Agora com as alterações dada pela lei da guarda compartilhada, o art. 1.583 do Código Civil passou a dispor que a guarda seria do tipo unilateral ou compartilhada. O §1º do referido artigo procurou ainda definir o que deve se compreender por guarda unilateral e guardar compartilhada, *in verbis*:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

Pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro existe a expressa previsão legal da possibilidade guarda compartilhada, ao lado da possibilidade da guarda unilateral. Nesse sentido, aduz o art. 1.584 que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação da sociedade conjugal ou em medida cautelar, e ainda, decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. *In verbis*:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

Uma das novidades trazidas pela lei foi que na impossibilidade de acordo entre os pais, com relação à guarda dos filhos, será aplicada, sempre que possível a guarda compartilhada, para tanto, na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

É importante ressaltar que a expressão “*sempre que possível*” trazida pelo §2º do art. 1.584 (incluído pela lei) significa que o juiz verificará o melhor interesse e necessidade do filho, ou seja, que a referida guarda não prejudique o seu desenvolvimento. Aliás, o inciso II do mencionado artigo já reforça esta ideia ao aduzir que o julgador verificará as necessidades específicas do filho.

No nosso entender, o legislador quis priorizar a aplicação da guarda compartilhada, em detrimento da guarda unilateral, embora alguns doutrinadores entendiam que essa priorização não era cabível em determinadas situações concretas. É o que relata o professor Waldyr Grisard.⁵⁸

Antes da vigência da lei, a guarda compartilhada era praticada em maior medida por via de acordo entre os pais e, mais raramente, por determinação do juiz. Com a positivação, essas opções não desapareceram, mas, de reconhecimento valor superior, a guarda compartilhada passa a ter aplicação preferencial pelo juiz quando não houvesse acordo entre pai e mãe. Nessa perspectiva, a guarda compartilhada passa a ser a regra e a exceção a guarda exclusiva. Essa priorização da lei não contou com a aprovação de parte da doutrina nem da jurisprudência em diferentes situações: relação conflitiva entre os pais, ausência de estabilidade emocional da criança, diversidade de critérios educativos, inconveniência de ter dois lares. Esses argumentos não resistiram ao melhor exame.

Dessa forma, verifica-se que a maneira como os genitores irão se relacionar, após a dissolução da sociedade conjugal, refletirá diretamente sobre o exercício do instituto da

⁵⁸ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 172.

guarda compartilhada, nas decisões a serem tomadas e na forma como será o relacionamento nas mais diversas situações pelas quais irão passar pais e filhos.

Todavia, é importante ressaltar que esta nova legislação não inovou quanto a possibilidade de aplicação do instituto da guarda compartilhada, tendo em vista que diversos Tribunais Estaduais e o próprio Superior Tribunal de Justiça já a sufragavam em suas decisões, sempre levando-se em consideração o princípio do melhor interesse da criança e sua proteção absoluta, ainda que sem consenso entre as partes. Conforme verificamos abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - FAMÍLIA - GUARDA COMPARTILHADA - IMPOSIÇÃO DO ENCARGO ALIMENTAR EM DESFAVOR DA GENITORA - DECISÃO EXTRA PETITA - SENTENÇA CASSADA EM PARTE - MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - DOMICÍLIO NA RESIDÊNCIA PATERNA - PODER FAMILIAR DE AMBOS OS PAIS - CONTRIBUIÇÃO MORAL E EMOCIONAL PARA A FORMAÇÃO DA CRIANÇA.

1. Concedida a guarda compartilhada, com a fixação de domicílio na residência paterna, de se decotar qualquer condenação da genitora à prestação de alimentos, pena de julgamento extra petita. 2. Na esteira do entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça, **a guarda conjunta deve prevalecer**, ainda que não haja consenso entre as partes, quando **atenda ao melhor interesse da criança**, até porque o regime compartilhado não retira de nenhum dos genitores o dever de contribuir moral e emocionalmente para o desenvolvimento do filho, decorrente, por óbvio, do poder familiar. 3. Recomendável, ainda, que se prestigiem as impressões diretas do juízo da instância de origem, preservando-se a situação de fato consolidada, em benefício, no caso presente, da rotina da infante sob os cuidados da avó paterna, já que ambos os genitores aquiescem com a visitação livre. 4. Apelação conhecida e parcialmente provida.⁵⁹ (grifamos)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, **o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra**, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a

⁵⁹ TJMG, Apelação n. 1002411214060001, Rel. Des. Versiani Penna, julgado em 07/11/2013.

monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido.⁶⁰ (grifamos)

Nesse sentido, a guarda compartilhada assume uma importância extraordinária, na medida em que valoriza o convívio do menor com os seus dois pais, pois mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança, a possuidora do interesse maior.

Por fim, deixaremos para falar de alguns dos institutos intrínsecos à guarda compartilhada, tais como: responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos menores; alimentos; visitação; direito de fixar residência; divisão das responsabilidades dos pais e as medidas para se efetivar o cumprimento do pactuado na guarda compartilhada, em capítulo autônomo quando trataremos da aplicabilidade da guarda compartilhada.

5.3.2 A guarda compartilhada de acordo com a Lei nº 13.058/2014

Como vimos, foi a Lei nº 11.698/2008 que positivou expressamente o instituto da guarda compartilhada em nosso ordenamento jurídico. Incluir de maneira expressa a guarda compartilhada no direito foi um enorme passo, na medida em que sua essência é o bem estar do menor que merece mais atenção e maior proteção jurídica.

Entretanto, esse instituto, que privilegia e envolve os pais nas funções formativa e educativa dos filhos menores, foi pouco utilizado e recepcionado pelos operadores do direito, em virtude, principalmente, da ausência de uma doutrina e de uma jurisprudência próprias que pudessem consolidar a aplicação efetiva do instituto. É o que nos transmite o professor Waldyr Grisard:⁶¹

⁶⁰ STJ, Recurso Especial no Resp. n. 1251000, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/08/2011.

⁶¹ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 197.

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

Nesse sentido, o legislador achou por bem propor uma nova legislação que viesse, não para inovar, como já o fez a Lei nº 11.698/2008, mas sim para consolidar e dar efetividade ao instituto da guarda compartilhada. Foi assim então que foi sancionada em 22 de Dezembro de 2014 a Lei nº 13.058.

As principais razões que levaram o Congresso Nacional a aprovar essa nova lei foram: a pouca compreensão do instituto por parte dos operadores do direito, pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que evidenciaram a tímida aplicação da guarda compartilhada e, principalmente, as exceções criadas para deixar de aplicar a guarda, sobre as quais teceremos alguns comentários.

As exceções criadas foram consequências da confusão que surgiu em torno do §2º do art. 1.584, do Código Civil, alterado pela Lei nº 11.698/2008, *in verbis*:

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser [...] §2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, **sempre que possível**, a guarda compartilhada. (grifamos)

A expressão “sempre que possível”, deu margem erroneamente aos julgadores a entender que a guarda compartilhada só deveria ser aplicada se fosse possível o acordo entre os pais, ou seja, em caso de discordância entre os genitores, não deveria ser aplicada a guarda compartilhada. Nesse sentido, continuou-se a privilegiar a guarda unilateral em detrimento à guarda compartilhada. Entendeu-se que o instituto da guarda compartilhada não seria possível quando não houvesse consenso entre os genitores.

Essa foi uma das justificativas apresentadas no Projeto de Lei (PL) 1009/2011, que culminou na Lei nº 13.058/2014, conforme podemos, abaixo, de trecho da justificação do PL:

“Ocorre que alguns magistrados e membros do ministério público, têm interpretado a expressão “sempre que possível” existente no inciso em pauta, como “sempre os genitores sem relacionem bem”. Ora nobres parlamentares, caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum, e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor a época da elaboração da lei já permitia tal acordo. Portanto, ao seguir tal pensamento, totalmente equivocado, teria o Congresso Nacional apenas e tão somente desperdiçado o tempo e dinheiro público com a elaboração de tal dispositivo legal, o que sabemos, não ser verdade. Mas, a suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento, entre os

genitores seja condição para estabelecer da guarda compartilhada, permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental, propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro, apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada, favorecendo assim, não os melhor interesse da criança mas, os seus próprios, tornando inócua a lei já promulgada”.

Observamos com isso, que a intenção do legislador ao propor uma nova lei, foi restituir e dar efetividade ao instituto da guarda compartilhada, pois com a Lei nº 11.698/2008, a guarda compartilhada, ao invés de ser obrigatória, passou a ser preferencial, quando deveria ser o contrário. Foi nesse sentido, e com essas justificativas que o legislador aprovou a Lei nº 13.058 em 22 de Dezembro de 2014, chamada de nova Lei da Guarda Compartilhada, sobre a qual passaremos, a partir de agora, a comentar as principais e mais importantes mudanças trazidas para o instituto da guarda e, sobretudo, para as relações entre pais e entre estes e seus filhos menores.

Para adentrarmos no estudo da referida lei, disponibilizaremos o seu inteiro teor:

Art. 1º Esta Lei estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.583.

.....
 §2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

§3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

.....
 §5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.” (NR)

“Art. 1.584.

.....
 §2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

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

§2º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.” (NR)

“Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584.” (NR)

“Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 22 de dezembro de 2014; 193º da Independência e 126º da República.

A lei continuou dispondo o sistema de dualidade do sistema de guardas, ou seja, a guarda unilateral e a guarda compartilhada. A primeira grande modificação trazida pela lei, foi a alteração do teor do §2º do art. 1.583 do Código Civil. Anterior à Lei nº 13.058/2014, dispunha o referido parágrafo que a guarda unilateral seria atribuída ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos determinados fatores, porém, com a nova lei o artigo passou a dispor que na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Talvez seja o dispositivo mais criticado da nova lei, pois ao estabelecer que o tempo de convívio com os filhos seja feito de forma equilibrada entre pai e mãe, aproxima-se muito o instituto da guarda compartilhada ao da guarda alternada, haja vista que dá a ideia que a divisão do tempo entre o pai e a mãe deva ser feito de forma igualitária, isto é, dividido em 50% para cada.

No entanto, não foi esse o objetivo do legislador. Quis o legislador dizer que, deve haver uma divisão equilibrada do convívio entre os filhos e seus pais, ou seja, deve haver um

tempo de convivência mais longo e flexível entre ambos, já que na guarda unilateral o menor passa a maior parte do tempo com o genitor guardião, ficando o outro, como mero expectador, tendo contato com o filho somente aos finais de semana. Estabelecer que o pai diariamente buscará o filho na residência materna e o levará à escola, pode ser considerado, perfeitamente, como uma divisão equilibrada de convívio entre os pais e os filhos.

Outro aspecto inovado pela Lei nº 13.058/2014 ficou estabelecido no §3º, ainda do art. 1.583. Segundo esse dispositivo, na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. Isso quer dizer que, decidida pela guarda compartilhada, a residência da criança será aquela que melhor atender aos interesses dela. Não será necessariamente a cidade com melhor estrutura, mas sim aquela que melhor contribuir para o desenvolvimento psicossocial da criança. Assim, entre uma cidade onde apenas vive um dos genitores, e outra onde vive o outro genitor, avós, tios e primos, certamente esta será a melhor cidade para o menor fixar residência.

Ainda com relação ao art. 1.583, tivemos uma complementação à redação do seu §3º. Pela lei anterior, no caso de guarda unilateral fica o pai ou a mãe que não a detenha, obrigado a supervisionar os interesses dos filhos. Com a nova redação dada, agora ao §5º, a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Sobre esse dispositivo, nos ensina Waldyr Grisard:⁶²

O dispositivo sob comento está a se referir a um dever geral de afeto e cuidados materiais, chamando o genitor que não detém a guarda ao exercício de uma paternidade responsável (art. 226, §7.º, da CF/1988), com a clara intenção de evitar o abandono moral do filho. Doutrina e jurisprudência, após certa oscilação, hoje reconhecem de forma quase uníssona a configuração do dano moral em decorrência do abandono e a possibilidade de sua indenização. Ausência de supervisão implica abandono, material ou afetivo (educação, saúde e segurança e afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar), causa de responsabilização do genitor pelo descumprimento das obrigações a ele pertinentes ou mau desempenho das funções parentais.

Depreende-se desse dispositivo que a guarda compartilhada veio estabelecer a coparticipação de ambos os pais no exercício do poder familiar. Ou seja, ambos os pais ficam com igualdade de direitos, mas também com igualdade de responsabilidade para com seus

⁶² FILHO, Waldyr Grisard. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 218.

filhos. Nesse sentido, tornam-se solidariamente responsáveis por eventuais danos causados por seus filhos menores a terceiros. Quando da guarda unilateral, somente o guardião fica com essa responsabilidade, salvo se a criança estiver na companhia do outro genitor.

O art. 1.584 continuou com as mesmas hipóteses, trazidas pela Lei nº 11.698/2008, em que a guarda unilateral ou compartilhada, pode ser requerida ou decretada. Todavia, alterou o §2º do mesmo artigo, com aquilo que talvez tenha sido a principal causa da aprovação da nova lei. A nova redação do §2º, dispõe que quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Nesse sentido a guarda compartilhada deixa de ser aplicada “sempre que possível”, e passa a ser aplicada obrigatoriamente, exceto se um dos cônjuges declarar ao juiz que não deseja a guarda do filho menor, isto é, mesmo que não haja consenso entre os pais, o que foi objeto de muita divergência na jurisprudência, mas já pacificado pelo STJ, ainda que os cônjuges não entrem em acordo, deve o magistrado escolher pela guarda compartilhada, sempre levando em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente.

Negar a guarda compartilhada deve ser considerado como medida extrema, na medida em que se ambos os pais estão aptos a exercer o poder familiar, a decisão pela guarda compartilhada é o melhor caminho, levando-se em conta, é claro, sempre o interesse do menor e o caso concreto. Ou seja, para se negar a guarda compartilhada devem estar presentes fundadas razões que torne um dos genitores inaptos para o exercício do poder familiar ou, também, se um dos genitores a não desejar.

Corroborar com esse entendimento o recente julgado STJ⁶³, segundo o qual a guarda compartilhada deve prevalecer mesmo quando há desavença entre os pais da criança. Esse foi o entendimento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que julgou uma disputa judicial entre o pai e a mãe de um adolescente:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE.

Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei nº 13.058/2014).

1. Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil. 2. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo "será" não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção - jure tantum - de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se

⁶³ STJ, Recurso Especial no Resp. n. 1626495, Rel. Min. Nancy Andrigli, julgado em 15/09/2016.

um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, §2º, in fine, do CC). Recurso conhecido e provido.

Contudo, ainda que abstratamente tal modelo represente o melhor interesse da criança, o caso concreto poderá representar peculiaridades que invalidam tal ponderação, revelando que, no caso fático, a guarda compartilhada será prejudicial a criança ou ao adolescente. Por outro lado, o mero dissabor entre marido e mulher (que é comum em dissolução conjugal) não pode ser invocado para a inaplicabilidade do instituto da guarda compartilhada, sob pena de desobediência ao princípio maior que é do melhor interesse da criança.

Outra novidade trazida pelo art. 1.584 foi a inclusão na parte final do §3º, que estabeleceu a divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe, levando-se em consideração a orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, determinada de ofício, pelo juiz, ou a requerimento do Ministério Público.

Já com relação ao §4º, do mesmo artigo, ocorreu a supressão da expressão “redução, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho”. Esse parágrafo trata da implicação na redução de prerrogativas atribuídas ao detentor da guarda no caso de alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada. Ora, se o objetivo da guarda compartilhada é justamente o aumento da convivência entre filhos e pais separados, aplicar esse tipo de sanção é ir de encontro ao objetivo maior da lei, ou seja, tal sanção penalizaria mais o filho que o pai ou a mãe infrator.

Por fim, a última novidade trazida pelo art. 1.584, foi a inclusão do parágrafo 6º no referido artigo. Segundo a redação desse parágrafo, qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação. Para Waldyr Grisard⁶⁴, trata-se do dever de informação imposto a tais estabelecimentos, funcionalizado em razão do pleno exercício do poder familiar. Isso desfaz o senso comum que só o guardião tem exclusividade até mesmo quanto às informações relativas ao filho menor.

Outro artigo que sofreu mudança com o advento da Lei nº 13.058/2014, foi o artigo 1.585. A normativa do texto faz referência à decisão da guarda em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda. Segundo o dispositivo, a decisão será proferida preferencialmente após a

⁶⁴ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 228.

oitiva das partes, salvo se a proteção dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte.

O que o referido parágrafo quis, foi homenagear o princípio do contraditório, já consagrado no inciso LV do art. 5º da Carta da República, na medida em que o art. 9º do Código de Processo Civil de 2015 disciplina que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja ouvida previamente. Por outro lado, conforme está expresso no art. 1.585, deve-se pontuar que a regra é a oitiva da parte, mas caso esteja em jogo a segurança do menor, o juiz pode decidir de forma contrária, isto é, sem a oitiva da outra parte.

Por fim, um último artigo alterado com a Lei nº 13.058/2014, foi o artigo 1.634 do Código Civil de 2002. Esse artigo veio determinar que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em uma série de atribuições elencadas nos seus 9 (nove) incisos.

Dentre esses incisos, foram novidades os que dizem que compete aos pais exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior e conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município. Na visão de Waldyr Grisard⁶⁵, “mais do que uma inovação, a explicitação deste poder-dever tem por objetivo maior esclarecer aos genitores quais as atribuições que lhes competem, evitando-se assim a continuidade do senso comum de que tais decisões competem exclusivamente ao genitor detentor da guarda judicial.”

⁶⁵ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 230.

6 (IN) APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NA REALIDADE BRASILEIRA

6.1 Aspectos polêmicos relativos à guarda compartilhada

Embora seja um instituto relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, após o publicação da Lei nº 13.058/2014, muitos aspectos foram consolidados e outros ainda estão sendo consolidados pela doutrina e jurisprudência pátrias, no que se refere ao exercício prático da guarda compartilhada. Nesse sentido, para que se torne mais compreensivo como se dá o instituto da guarda compartilhada na prática, passaremos a partir de agora a tecer alguns comentários sobre algumas dessas questões.

Residência

O primeiro aspecto a se considerar é a questão da residência do menor, ou seja, saber qual residência, do pai ou da mãe, a criança terá como sua moradia principal. Dissolvida a sociedade conjugal, deve o menor ir morar com um dos seus genitores.

Embora a lei tenha silenciado a esse respeito, mas deferida a guarda compartilhada, deve-se fixar uma residência habitual para o menor, fundamental ao salutar desenvolvimento da criança. Caso não haja acordo entre os pais, quanto à fixação da residência, deve o magistrado defini-la, sempre considerando o caso concreto e também o melhor interesse da criança. Nessa mesma linha, nos ensina o professor Waldyr Grisard:⁶⁶

Essa nova modalidade de guarda deve ser compreendida, então, como aquela forma de custódia em que o menor tem uma residência fixa (na casa do pai, na casa da mãe ou de terceiros) (...) próxima ao seu colégio, aos vizinhos, ao clube, à pracinha, onde desenvolve suas atividades habituais e onde, é lógico presumir, tem seus amigos e companheiros de jogos. A determinação do local de residência do menor gera “a estabilidade que o direito deseja para o filho” e “não exclui que sua vida cotidiana seja vinculada a um ponto fixo.

O simples fato da fixação da residência dos menores com a mãe ou os pais residirem em bairros distintos e distantes, por si só, não tem o condão de afastar a intenção dos agravantes de exercerem, conjuntamente, os poderes inerentes ao pátrio poder, de forma igualitária e com a mesma intensidade participando das grandes decisões relativas às crianças, consagrando o direito dos filhos serem criados por seus dois pais.

Portanto, embora a guarda seja na modalidade compartilhada, deve-se fixar um domicílio para a criança, um ponto de referência e centro de apoio para as suas atividades externas. A criança deve ter um ponto de referência onde desenvolva as suas atividades

⁶⁶ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 143.

cotidianas e fixe relações espaciais e sociais, evitando-se assim alterações bruscas no seu dia a dia, que possam vir confundi-la e atrapalhar o seu desenvolvimento psicossocial.

Por fim, somente a título de reflexão, há quem diga que o artigo 76 do Código Civil foi derogado pela Lei nº 13.058/2014, como a professora Maria Luíza Póvoa Cruz⁶⁷. Segundo a professora, em razão das alterações trazidas pela nova legislação, tratando da guarda compartilhada, o domicílio do menor será o domicílio de ambos os genitores.

Pensão Alimentícia

Como já muito dissemos, entende-se por guarda compartilhada a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres, por ambos os pais, com relação ao poder familiar dos filhos comuns. No conjunto de obrigações está o dever de sustento, isto é, de alimentos. Nesse sentido, na guarda compartilhada, como pensam alguns, não faz desaparecer e nem cessa a obrigação alimentar, pois esta obrigação decorre do dever constitucional de assistência, criação e educação dos filhos menores. A propósito, a responsabilidade parental não se esvazia com a guarda compartilhada, pelo contrário, a exigência de seu exercício é cada vez maior.

Não é porque ficou instituída a guarda compartilhada, que aquele que não está com a guarda física da criança, não tem mais o dever de alimentar. Nesse sentido, aprovou-se na VII Jornada de Direito Civil o Enunciado 607, segundo o qual a guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia ao filho menor.

Assim, percebe-se que são duas situações distintas: a guarda compartilhada refere-se às diretrizes de criação e educação do menor de forma geral, ao passo que a pensão alimentícia decorre da necessidade x possibilidade; por isso não há a dispensa ou a exoneração da obrigação alimentar.

O que ocorre, e pode ser o que gere a confusão, é que na guarda compartilhada não existe a fixação de valor a título de alimento. Como na guarda compartilhada os pais devem dividir os encargos de criação e educação dos filhos, aqueles devem arcar com as despesas financeiras dos filhos, na proporção de seus haveres e recursos, independentemente da guarda física.

Segundo Waldyr Grisard⁶⁸ a melhor solução seria a divisão, entre pai e mãe, das despesas habituais e eventuais da criança. Por exemplo, “o pai arca com as despesas de escola, compreendendo ou não matrícula, uniforme, material escolar, transporte e atividades

⁶⁷ CRUZ, Maria Luíza Póvoa. Guarda Compartilhada: visão em razão dos princípios fundamentais do Direito. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias. DELGADO, Mário Luiz (coord.). Guarda compartilhada. 2. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 214.

⁶⁸ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 234.

extraordinárias e a mãe, por sua vez, com as despesas de alimentação e plano de saúde. As despesas eventuais e extraordinárias como vestuário, lazer e outras, serão suportadas em conjunto por ambos os pais, respeitada sempre a proporção antes referida.

Entendemos que com essa divisão de responsabilidades, cada genitor assumindo e satisfazendo diretamente os seus encargos, os momentos de desavenças e intrigas entre os genitores diminuiria sensivelmente, pois grande parte desses atritos ocorre por falta de consenso entre o que deve ser suportado por um e por outro genitor.

No entanto, essa divisão das responsabilidades financeiras ainda não é pacífica na jurisprudência, isto é, tem decisões que apoiam-se nessa divisão, como tem decisões que fixam os alimentos. Vejamos algumas delas.

APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. 1. A forma de divisão estabelecida na sentença reconhece que ambos os genitores têm despesas com alimentação, moradia e transporte do filho. 2. Reconhece também que os dois irão arcar com o pagamento de vestuário e lazer no exercício da guarda compartilhada. 3. **Apenas quanto a algumas despesas fixas do filho alimentado é que a sentença estabeleceu formalmente a divisão, o que evidencia que a fixação é apenas uma forma de organizar os pagamentos.** 4. Tal organização se mostra absolutamente necessária, ante as informações de que o pai, ora apelante, não estaria honrando a sua parte no pagamento das despesas fixas do filho, de modo que a mãe, ora apelada, precisaria suportar a integralidade e pedir, mês a mês, o ressarcimento da quota de responsabilidade do ex-cônjuge. 5. A ideia de fixação é justamente evitar esse encargo extra para qualquer dos guardiões. 6. Nesse contexto, a sentença mostrou-se equânime e adequada à situação das partes, razão pela qual vai mantida. 7. **NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.**⁶⁹ (grifamos)

Nessa decisão, o tribunal gaúcho achou por bem definir as obrigações financeiras de cada genitor.

APELAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA E ALIMENTOS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. 1. **Em princípio e em tese, o estabelecimento de guarda compartilhada não é, por si só, um empecilho à fixação ou manutenção de alimentos a serem pagos por um dos genitores,** que vai depender das circunstâncias do caso concreto. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. No caso concreto, contudo, não há motivos para que a mãe/apelada siga pagando alimentos, na medida em que os dois genitores estão, com uma boa dose de equivalência, pagando tanto as despesas ordinárias, quanto as específicas com acompanhamento médico do filho comum (que é portador de necessidades especiais). 4. A distribuição igualitária dos ônus sucumbenciais operada pela sentença vai mantida, porque o cotejo entre o que foi pedido e o que foi julgado não mostra que o apelante tenha decaído em menor extensão. 5. **NEGARAM PROVIMENTO.**⁷⁰ (grifamos)

Já nesta outra decisão, o mesmo tribunal fixou a divisão de encargos financeiros para cada genitor, dizendo ainda que isto é necessário para que não haja um encargo injusto para um dos genitores.

⁶⁹ TJRS, Apelação Cível. Processo nº 70058323130, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 16/10/2014.

⁷⁰ TJRS, Apelação Cível. Processo nº 70052144870, Rel. Des. Rui Portanova, julgado em 28/03/2013.

Assim, embora haja uma divergência entre nossos tribunais quanto à fixação de valor ou de divisão de obrigações financeiras entre os genitores, todos são unânimes quanto a existência do dever de sustento dos filhos pelos pais, ainda que a guarda seja na modalidade compartilhada.

Por fim, o inadimplemento de tal dever, por qualquer dos genitores, segundo Waldyr Grisard⁷¹ “submete-se o faltoso às sanções peculiares, execução com possibilidade de ver sua prisão decretada, além de outras medidas com a inscrição de seu nome no cadastro de devedores de pensão alimentícia em empresas de proteção ao crédito-Serasa, SPC (art.782, § 3º), ou ser levada a sentença a protesto (art. 528, §1º do CPC).

Convivência

O direito de convivência, antes chamado de direito de visitas, nada mais é do que o direito-dever do genitor não guardião de conviver com seu filho. Antes de ser um direito do genitor, é um direito do filho menor de conviver com seu pai. Nesse sentido, o direito de visita do pai é também direito do filho de conviver com seu pai, na medida em que essa convivência é fundamental para o crescimento psicossocial do menor.

Na guarda compartilhada, essa convivência, em tese, é mais abrangente ainda, uma vez que o instituto busca reequilibrar os papéis parentais na tomada de decisões importantes aos filhos menores e incentivar a relação frequente e continua com os pais. Todavia, não se deve entender que esse direito de visita seja a divisão igualitária de tempo entre pai e mãe, pois aí estaria presente, não a guarda compartilhada, mas sim a alternada.

A lei da guarda compartilhada inovou quando alterou o §2º do art. 1583 segundo o qual na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Tão grande é a importância dada ao direito de convivência, que ele pode ser estendido a outros membros da família. Foi esse o entendimento do Enunciado 333 aprovado na IV Jornada de Direito Civil, *in verbis*:

Enunciado 333: O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse.

O instituto visa estreitar a convivência dos genitores com os filhos para que possa acompanhar de forma permanente o seu desenvolvimento e sua educação, tanto é que na

⁷¹ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 235.

guarda compartilhada não é estabelecido um período de convivência para cada um dos genitores.

O instituto da convivência é tão importante para o filho quanto o seu sustento. Não é à toa que em recente levantamento⁷² realizado pelo Ministério Público de São Paulo, dois em cada três infratores não têm o pai dentro de casa. O estudo leva em conta cerca de 1.500 jovens, entre 12 e 18 anos, que cometeram delitos na cidade de São Paulo entre os anos de 2014 e 2016. Desse universo, 42% dos jovens, além de não viver com o pai, não tinham nenhum contato com ele. O estudo mostrou que a derrocada da vida de um jovem, começa quando, ainda criança, ele perde os vínculos positivos e passa a sofrer privação emocional.

Nesse sentido, verificamos que a ausência de um dos genitores é um fenômeno social alarmante, que pode, inclusive, gerar o aumento da delinquência juvenil, na medida em que essa ausência de convivência pode provocar problemas psicossociais a criança e ao adolescente.

Por fim, assevera o professor Antônio Cezar Lima⁷³ que diante de tamanha relevância, a convivência com os pais adquiriu caráter de direito fundamental e especialíssimo, integrante da dignidade da criança e do adolescente. “Nesse passo, a guarda compartilhada assume uma importância extraordinária, na medida em que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, pois mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”.
Sanções por descumprimentos de cláusulas pactuadas

O parágrafo 1º do art. 1584 do Código Civil, incluído pela Lei nº 1.584, estabeleceu que o juiz na audiência de conciliação informará, dentre outras coisas, as sanções a que ambos os genitores estarão sujeitos no caso de descumprimento de cláusulas pactuadas na guarda compartilhada.

O parágrafo 4º do mesmo artigo estabelece que a alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor. Nesse aspecto, entende-se que para que o juiz possa aplicar sanções ao genitor infrator, deve o descumprimento ser imotivado, isto é, o genitor que descumprir, sem justificativa, cláusula de guarda compartilhada, ficará sujeito a sanções imposta pelo juiz.

Entendemos, entretanto, que pode o juiz aplicar outras sanções que não apenas a exemplificada no parágrafo 4º do art. 1.584 (redução de prerrogativas atribuídas ao seu

⁷² Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/06/1786011-2-em-3-menores-infratores-nao-tem-pai-dentro-de-casa.shtml>. Acessado em 04/01/2017.

⁷³ FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67.

detentor). Além dessa sanção, entendemos ainda ser possível a aplicação de busca e apreensão, de multa e de inversão de guarda. Isso geralmente ocorre quando o genitor detentor da guarda física do menor, dificulta ou restringe o direito de convivência do genitor não guardião.

No que se refere à busca e a apreensão, cabe ressaltar, que é uma sanção que deve ser evitada ao máximo, pois é uma medida um tanto quanto traumática para a criança, podendo inclusive trazer prejuízos psíquicos para o menor.

Já com relação à aplicação de multa e inversão da guarda, pode o juiz aplicá-las na medida em que o direito de visita do genitor não guardião, estabelecido na decisão de guarda compartilhada, não está sendo respeitado pelo genitor guardião. Esse é o posicionamento que vem sendo utilizado pelas Câmaras que cuidam de Direito de Família no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

DIREITO DE VISITA DO GENITOR. DESENTENDIMENTO ENTRE OS PAIS. APLICAÇÃO DE MULTA À MÃE POR IMPEDIR A VISITAÇÃO DO PAI.

1. Como decorrência do poder familiar, tem o pai não-guardião o direito de avistar-se com a filha, acompanhando-lhe a educação e estabelecendo com ela um vínculo afetivo saudável. 3. Não havendo bom relacionamento entre os genitores e tendo o pai condições plenas para exercer a visitação, deve ser assegurado a ele o direito de conviver com a filha, inclusive através de aplicação de multa à guardiã por impedir a visitação. 4. A mãe deve ser severamente advertida de que deve respeitar o período de visitas, ficando esclarecida acerca da responsabilização pela desobediência, bem como do risco de que a guarda possa vir a ser revertida. 5. Fica determinado a fixação de multa pelo juízo a quo e a sua aplicação a ser imposta em relação a cada descumprimento informado, pois tal conduta materna é censurável e prejudicial aos interesses das próprias filhas. Recurso parcialmente provido.⁷⁴

Por conseguinte, o que se pode concluir é que deve o juiz aplicar as sanções que julgar necessário, sempre que um dos genitores violar, imotivadamente, as cláusulas de guarda compartilhada, por outro lado, deve-se agir com cautela na aplicação dessas sanções, para que as suas consequências não tenham efeitos superiores ao bem que se pretende proteger, ou seja, ao interesse da criança e do adolescente.

6.2 As vantagens e desvantagens da guarda compartilhada

Ao analisarmos a nova lei da guarda compartilhada e as justificativas que culminaram em sua aprovação, verificamos que a opção do legislador constituinte foi por um modelo de relacionamento familiar que envolvesse e responsabilizasse ambos os genitores, na mesma

⁷⁴ TJRS. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70050822865. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 28/03/2013.

medida e intensidade, nos cuidados com os filhos. Porém, a que se expõe qualquer outro modelo de guarda, a guarda compartilhada também tem o seus prós e contras, as suas vantagens e desvantagens. Passaremos, a seguir, a tecer comentários sobre algumas das principais vantagens e desvantagens da guarda compartilhada, pelo menos em tese.

Convivência equilibrada

Ao nosso entender, a principal vantagem da guarda compartilhada é o convívio igualitário do menor com ambos os pais. Quando acontece a dissolução conjugal, o que se separa é a família conjugal e não a familiar parental.

A guarda compartilhada visa privilegiar a continuidade da relação da criança com seus dois genitores, ou seja, a guarda compartilhada tem como objetivo principal evitar a ruptura dos laços afetivos entre os pais e os filhos, na medida em que as relações entre pais e filhos tornam-se cada vez mais fortes, devido a maior convivência entre pais e filhos, ao contrário do que ocorre na guarda unilateral, onde o genitor não guardião só pode ver os filhos em horários determinados pela decisão judicial.

Nesse sentido, nos ensina Waldyr Grisard:⁷⁵ “a guarda compartilhada mantém intacta a vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles. Nesse diapasão, verificamos de forma cristalina a grande vantagem que é o convívio equilibrado na guarda compartilhada.

Divisão das responsabilidades

Outra grande vantagem trazida pela guarda compartilhada é a divisão de responsabilidades entre os genitores. A divisão de tarefas na guarda compartilhada proporciona que um dos genitores não fique demasiadamente sobrecarregado, como ocorre na guarda unilateral.

Essa divisão de responsabilidades proporciona uma maior cooperação entre o pais, e que quando eles não expõem os filhos a seus conflitos de ex-cônjuges, minimizam os desajustes e a probabilidade dos filhos menores desenvolverem problemas emocionais, educacionais e sociais.

Além disso, ainda segundo Waldyr Grisard⁷⁶, “a maior cooperação entre os pais provocada pela guarda compartilhada afasta a possibilidade de obtenção da clássica guarda

⁷⁵ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 245.

⁷⁶ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 244.

única por um dos genitores, no caso de insucesso do modelo, impõe ao não guardião um afastamento e aviva um sentimento de fracasso”.

Nesse sentido, a divisão de responsabilidades é positiva na medida em que faz com que as obrigações de educar os filhos não fiquem sobrecarregada em somente um dos pais e haja despesa igualitária dos gastos dos filhos por parte dos pais.⁷⁷

Redução de conflitos

Quando os pais são maduramente responsáveis o compartilhamento da guarda aumenta o grau de satisfação de pais e filhos, diminuindo sensivelmente o número de conflitos entre os genitores.

Na guarda compartilhada a participação conjunta dos pais pode proporcionar a redução de eventuais desconfianças e hostilidades que geralmente acompanham a separação de cônjuges, proporcionando assim uma vida ainda melhor para os filhos menores, já que estes não ficariam em um fogo cruzado como acontece na guarda unilateral, amenizando-se assim os prejuízos psicológicos advindos da separação dos pais.

Com a diminuição dos conflitos na guarda compartilhada, a prole passa a conviver em um ambiente mais harmonioso, não fazendo papel de “leva e traz”, característica quase que presente na guarda unilateral. Na guarda compartilhada, geralmente ocorre a diminuição dos rancores entre os ex-cônjuges, aumentando-se assim o diálogo e a cooperação, sempre privilegiando o interesse maior da criança.

Inibição da alienação parental

Principalmente na guarda unilateral, o cônjuge guardião, cheio de ressentimentos decorrentes da separação conjugal, e com o objetivo de prejudicar o ex-cônjuge, acaba utilizando o próprio filho como instrumento de vingança, gerando-lhe sequelas psicológicas graves e irreparáveis, tornando a criança a maior vítima de tal situação.

Decorrente da relação de conflitos entre os cônjuges, na guarda compartilhada, a tendência é que a prática da alienação parental diminua, já que ambos os genitores estarão presentes na vida do menor, o que contribui para a diminuição da margem de ação do genitor guardião para desabonar e atingir a imagem do não guardião, para o filho menor.

Nesse sentido, como na guarda compartilhada os pais tendem a ter uma melhor convivência, conseqüentemente os sentimentos negativos tenderão a reduzir, o que pode inibir a prática de desmoralização do outro e manipulações de fatos, com o único intuito de usar a criança como arma ou objeto de causar dor ao outro.

⁷⁷ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. Guarda compartilhada: de acordo com a Lei nº. 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 89.

As desvantagens que a doutrina aponta no caso da aplicação da guarda compartilhada está relacionada, principalmente, ao fato de os pais não manterem uma boa relação pós dissolução conjugal. A seguir, vamos tecer os comentários sobre algumas delas.

Tentativa de reduzir a pensão alimentícia

Como na guarda compartilhada as despesas com os filhos menores devem ser divididas, alguns genitores se utilizam desse instituto como forma de diminuir o valor que pagariam a título de pensão alimentícia aos filhos, o que pode acabar gerando mais conflitos ainda.

Alienação parental

Ao mesmo tempo em que a guarda compartilhada pode diminuir conflitos entre os genitores, ela pode aumentá-los. Para que a guarda compartilhada funcione perfeitamente é condição *sine qua non* que os pais tenham uma relação harmoniosa. Caso contrário, mesmo com a guarda compartilhada, a prática da alienação que é predominante na guarda unilateral pode existir, fruto das contendas e desentendimentos.

Dessa forma, para que a guarda compartilhada não venha provocar o instituto da alienação parental, é necessário que os pais convivam da melhor forma possível, de maneira que não usem o menor como instrumento de vingança contra o genitor não guardião. Nesse sentido, assevera o professor Waldyr Grisard:⁷⁸

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contamina o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito de visitas.

Sendo assim, se conclui que a guarda compartilhada só será vantajosa se houver um consenso mútuo e um bom relacionamento entre os ex-cônjuges.

Mudança de estilos de vida

Outra desvantagem da guarda compartilhada, apontada pela doutrina, é a mudança de estilos de vida do menor que essa modalidade pode trazer.

Como na guarda compartilhada não existe um horário estabelecido de visitas, ou seja, respeitados os horários da criança, o genitor não guardião pode visitar e buscá-lo no seu lar de referência quando bem entender, o que pode acabar gerando confusão na cabeça do menor, ante as constantes mudanças no cotidiano do mesmo, pois ele receberá diferentes orientações e ordens dos seus pais.

⁷⁸ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 250.

Se essa mudança for seguida de divisão de tempo na casa de um e de outro, o prejuízo será ainda maior. Para corroborar com nosso posicionamento, nos valeremos, novamente das lições do professor Waldyr Grisard:⁷⁹

Os arranjos de tempo integral (semana, quinzena, mês, ano, casa dividida) também oferecem desvantagens ante o maior número de mudanças e menos uniformidade de vida cotidiana dos filhos.

Percebe-se que a guarda compartilhada não tem lugar quando há mágoas, litígio ou difícil relacionamento entre os genitores.

Por fim, percebemos que a guarda compartilhada, assim como qualquer outro tipo de guarda, tem suas vantagens e desvantagens. Apesar das vantagens serem em número maior, para que seja decidido pelo modelo ideal, devem os aplicadores do direito se apoiarem sempre no caso concreto e, como não deveria de ser, no melhor interesse da criança e do adolescente.

6.3 A guarda compartilhada nos tribunais brasileiros

Dissolvida a sociedade conjugal e havendo filhos menores, é hora de saber com qual dos dois genitores ficará a prole desprotegida. Nessa hora, entra em ação o Poder Judiciário, que não havendo acordo entre os pais, decidirá com qual dos genitores ficará o menor, ou se com ambos.

Como já sabemos, a Lei nº 13.058/2014 alterou o art. 1.584 do Código Civil que estabeleceu em seu parágrafo 2º que quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Nesse sentido, a nova lei passou a estabelecer a guarda compartilhada como regra e não como preferencial, como ocorreu na vigência da Lei nº 11.698/2008. Corrobora com esse nosso entendimento o art. 1º da recente Recomendação do STJ de nº 25, de 22 de agosto de 2016, *in verbis*:

Art. 1º Recomendar aos Juizes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes,

⁷⁹ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 250.

considerem a guarda compartilhada como regra, segundo prevê o §2º do art. 1.584 do Código Civil.

§1º Ao decretar a guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, no caso concreto, levando em consideração os critérios estabelecidos no §2º do art. 1.584 do Código Civil.

Como dissemos, a guarda compartilhada, a partir da Lei nº 13.058/2014, ressalvado alguns casos concretos e entendimentos minoritários, passou a ser regra em nossos tribunais pátrios. Entretanto, nem sempre foi assim, como veremos a seguir.

O histórico das decisões dos nossos tribunais, sobre com quem ficam os filhos menores após a dissolução da sociedade conjugal, pode ser dividido em cinco momentos distintos.

O primeiro momento está entre os anos de 1970 a 1977, isto é, período anterior à Lei do Divórcio. Nesse período, os tribunais brasileiros deferiam à guarda dos menores, preferencialmente às mães, exceto em casos extraordinários. O interesse no menor ficava em segundo plano.

Já o segundo momento, que vai de 1978 à 1988 (da Lei do Divórcio à Constituição Federal de 1988), o interesse do menor, como critério decisivo na determinação de quem vai ficar com os filhos menores, já passa a ser considerado de forma mais moderada por nossos tribunais.

No terceiro período, que é caracterizado pós Constituição de 88, os tribunais brasileiros já passam a considerar o interesse do menor, na determinação da guarda, de forma mais acentuada que o período anterior.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu através do seu art. 226 que é dever, também da família, assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade a convivência familiar. Nesse momento os interesses da criança e do adolescente são priorizados e enfatizados.⁸⁰ É nesse instante que os tribunais brasileiros começam a entender o instituto da guarda compartilhada e, por conseguinte, passam também a deferi-la com mais naturalidade.

No quarto instante, com a Lei nº 11.698/2008 positivando o instituto no ordenamento jurídico brasileiro, os tribunais passaram a aplicar cada vez mais a guarda compartilhada, mas ainda com algumas ressalvas, como podemos identificar nos julgados abaixo:

CIVIL - FAMÍLIA - AÇÃO DE GUARDA - INTERESSE DO MENOR
-GENITORA - MANUTENÇÃO - ESTUDO PSICOSSOCIAL – PEDIDO DE

⁸⁰ FILHO, Waldyr Grisard. Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 267.

GUARDA COMPARTILHADA PELO GENITOR - EXISTÊNCIA DE LITÍGIO ENTRE GENITORES - NÃO CABIMENTO - APELAÇÃO NÃO PROVIDA. 1. Em casos de guarda e responsabilidade deve-se atentar para o interesse do menor, buscando sempre o seu bem estar, mostrando-se correta a r. sentença monocrática que homologou o acordo entre as partes. 2. Para fins de concessão de guarda compartilhada, imprescindível aos pais terem diálogo e maturidade para conduzirem uma boa formação do filho, de modo a proporcionar uma base adequada de valores e princípios familiares, inerentes ao desenvolvimento humano. 3. Segundo a lei que criou a guarda compartilhada, a existência de litígio entre os genitores afasta a possibilidade de sua adoção. Logo, correta a decisão que fixou os parâmetros segundo a tradição da jurisprudência para casos semelhantes. Decisão: RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.⁸¹

CONSTITUCIONAL E CIVIL - AÇÃO DE GUARDA DE MENOR - GUARDA COMPARTILHADA - RELAÇÃO CONFLITUOSA ENTRE OS GENITORES - IMPOSSIBILIDADE - RISCO DE OFENSA AO PRINCÍPIO QUE TUTELA O MELHOR INTERESSE DO INFANTE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - PROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E ARTS. 1.583 E 1.584 DO CÓDIGO CIVIL, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.698/2008. A guarda compartilhada não pode ser exercida quando os guardiões possuem uma relação conflituosa, sob o risco de se comprometer o bem-estar dos menores e perpetuar o litígio parental. Na definição de guarda de filhos menores, é preciso atender, antes de tudo, aos interesses deles, retratado pelos elementos informativos constantes dos autos.⁸²

Por fim, o quinto e último instante que caracteriza a jurisprudência brasileira no que diz respeito à aplicação da guarda compartilhada, ocorre com o advento da Lei nº 13.058/2014.

Como dissemos lá no começo, após várias divergências na doutrina e nos tribunais, a moderna jurisprudência do STJ encerrou o ciclo de debates e resistências, quanto a aplicação da guarda compartilhada, ao editar a Recomendação de nº 25 de 2016, na qual recomenda aos Juízes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra. Ainda segundo a jurisprudência do Egrégio Tribunal, a guarda compartilhada só deve ser evitada nas hipóteses restritas de profunda mágoa e litígio entre os pais, que possam causar danos ainda maiores à criança e ao adolescente.

6.4 A (in) aplicabilidade da guarda compartilhada na realidade brasileira

Pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) evidenciam, de forma cristalina, a tímida aplicação da guarda compartilhada no Brasil por

⁸¹ TJDF. Quarta Turma Cível. Apelação Cível nº 20070910207059. Relator: Des. Alfeu Machado., julgado em 30/06/2010.

⁸² TJMG. Apelação Cível nº 1.0775.05.004678-5/001. Relator: Des. Dorival Guimarães Pereira, julgado em 27/08/2008.

parte de nossos juízes e tribunais, mesmo após a aprovação da Lei nº 13.058/2014 e, ainda que essa modalidade conte forte apoio doutrinário.

Os dados lançados anualmente pelo IBGE, através das estatísticas do Registro Civil, mostram que o instituto da guarda compartilhada ainda não é consenso entre os tribunais brasileiros, por uma série de razões que mostrarem mais a diante.

Os dados estatísticos com os quais trabalharemos são de 2 (dois) anos anteriores à lei e 2 (dois) anos posteriores. Como a lei entrou em vigor só no final do ano de 2014 (22 de dezembro de 2014), trabalharemos com os anos de 2012, 2013, 2014 e 2015 para mostrarmos como está sendo a aplicação do referido instituto por nossos juízes e tribunais.

É importante destacar que trabalharemos apenas com as guardas compartilhadas oriundas de dissolução da sociedade conjugal. Nesses números não estão computadas as guardas compartilhadas, cujos genitores nunca coabitaram.

De acordo com os dados IBGE de 2012, no Brasil, a hegemonia das mulheres na responsabilidade pela guarda dos filhos menores, nesse ano, representou 87,1% do total de guardas concedidas, contra 5,4% concedidas aos homens.⁸³ O número de guarda compartilhada nesse período foi inexpressível, apenas 6,0% dos casos foram decididos pelo compartilhamento da guarda. Outros tipos de guardas ficaram em 1,0% e 0,5% não foi declarado o tipo de guarda.

Essa preponderância feminina pela responsabilidade da guarda dos filhos menores ocorreu em todos os estados. Nos casos em que as decisões foram no sentido de conceder a guarda compartilhada, o estado com maior percentual foi o estado do Pará, com 8,8%, já o com menor índice ficou com o estado de Sergipe, com 2,9% dos casos. O estado do Maranhão, por sua vez, ficou pouco acima da média nacional, isto é, com apenas 6,6% dos casos.

Já no ano de 2013, a tendência em conceder a guarda ao público feminino permaneceu, apesar de ter havido uma pequena queda. Segundo os dados do IBGE, a guarda dos filhos menores foi concedida à mulher, em 86,3% do total dos casos de dissolução da sociedade conjugal ocorridos no país, enquanto que os homens ficaram com 5,2%. O número de guarda compartilhada concedida nesse período ficou em 6,8% do total, o que representa um aumento de 0,8% em relação ao período anterior. Outros tipos de guarda, permaneceu em 1,0% e não declarado foi na ordem de 0,7%.⁸⁴

⁸³ IBGE. Estatística do Registro Civil. Rio de Janeiro, v. 39, 2012.

⁸⁴ Idem, v. 40, 2013.

Nos casos em que as decisões foram no sentido de conceder a guarda compartilhada, o estado do Pará continuou na frente, com 11,4% do total dos casos (houve um ligeiro aumento), já o estado com menor índice continuou sendo Sergipe, com 1,7% dos casos (aqui já se nota uma queda). O estado do Maranhão, também teve um pequeno aumento, passando de 6,6% para 7,0% dos casos.

No ano de 2014, ano da aprovação da nova lei da guarda compartilhada, foram os seguintes números a nível nacional: as mulheres ficaram com 85,1% das guardas, os homens com 5,5%, outros tipos de guarda corresponderam a 1,0% e sem declaração do tipo de guarda, também, ficou em 1,0% do total dos casos. Os casos de guarda compartilhada representaram 7,5%, o que representou um acréscimo de 0,7% em relação ao ano de 2013, ou seja, um tímido crescimento.⁸⁵

No ano de aprovação da Lei nº 13.058/2014, na maioria dos estados brasileiros, o índice de guarda compartilhada cresce mais que a média nacional (o crescimento da média nacional foi na ordem de 10%). Nesse ano tivemos também mudanças na liderança do ranking. Pela primeira vez o estado do Maranhão aparece na frente, entre os estados que mais concederam a guarda compartilhada. Do total dos casos de guarda julgados no estado, 12,4% das decisões optaram pelo compartilhamento, ou seja, o estado teve um crescimento de quase que 80% em relação ao ano anterior. Já o estado com menor índice, continua sendo o estado de Sergipe, onde apenas 3,7% dos casos, representam o compartilhamento de guarda.

Por fim, temos o ano de 2015. Esse ano foi o ano em que os índices mais cresceram tanto a nível nacional, quanto a nível local.

De acordo com os dados IBGE de 2015, no Brasil, a hegemonia das mulheres na responsabilidade pela guarda dos filhos menores continua. Nesse ano, essa hegemonia representou 78,8% do total de guardas concedidas, contra 5,2% concedidas aos homens.⁸⁶ O número de guarda compartilhada nesse período foi 12,9% (um aumento de mais de 72% em relação a 2014 e de mais 100% em relação a 2012). Outros tipos de guardas ficaram em 1,0% e 2,1% não foi declarado o tipo de guarda.

Embora reconheçamos que houve um avanço considerável no número de decisões de juízes e tribunais que concederam a guarda compartilhada, sobretudo após a Lei nº 13.058/2014, entendemos que a aplicabilidade dessa nova lei, ainda está muito aquém do que exige o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

⁸⁵ IBGE. Estatística do Registro Civil. Rio de Janeiro, v. 41, 2014.

⁸⁶ Idem, v. 42, 2015.

A continuidade da relação da criança com seus genitores acaba por manter de forma mais normal e equilibrada o estado emocional e psicológico do filho, contribuindo, por conseguinte, para um crescimento saudável e perfeito do menor. Esse entendimento é compartilhado por juízes, promotores, assistentes sociais, psicólogos e tribunais. Entretanto, por qual motivo os aplicadores do direito ainda têm receio em aplicar a guarda compartilhada, o que acaba por fazer letra morta de lei o comando da Lei nº 13.08/2014, que impõe a guarda compartilhada como regra?

Isso é o que vamos tentar responder. Ao nosso entender, o maior obstáculo encontrado pelos juízes e tribunais que dificulta a aplicação da guarda compartilhada é o sentimento de ódio e vingança que toma conta da maioria dos pais separados. Aplicar a guarda compartilhada, na nossa visão, não é só o juiz ou tribunal fazer publicar uma sentença ou um julgado e dizer que a partir daquele momento aqueles atores (genitores e prole) passarão a compartilhar a guarda de um menor.

Compartilhar a guarda de um menor que está em processo de crescimento físico, moral e psicológico vai muito além do que compartilhar direitos e obrigações. O objetivo maior da guarda compartilhada é proporcionar uma convivência familiar sadia, sempre levando em conta o melhor interesse do menor.

Embora a guarda compartilhada seja a regra, não conseguimos compreender de que forma uma criança ou adolescente vai ter essa convivência familiar efetivada, quando seus pais são verdadeiros beligerantes.

Na verdade, a falência da relação conjugal bem como a ruptura dessa sociedade não precisa, necessariamente, vir acompanhada de frustração, dor e ressentimento. Corrobora o nosso entendimento o recente julgado da Terceira Turma do STJ, no mês de julho de 2016, onde a turma negou o pedido de um pai que pleiteava a guarda compartilhada da filha de quatro anos de idade.

O ministro relator reiterou que o maior interesse do compartilhamento da guarda é o bem-estar da menor, que deve encontrar na figura dos pais um ponto de apoio e equilíbrio para seu desenvolvimento intelectual, moral e espiritual.

Ainda segundo o ministro, diante dos fatos, “impor aos pais a guarda compartilhada apenas porque atualmente se tem entendido que esse é o melhor caminho, quando o caso concreto traz informações de que os pais não têm maturidade para o exercício de tal compartilhamento, seria impor à criança a absorção dos conflitos que daí, com certeza, adviriam. E isso, longe de atender seus interesses, põe em risco seu desenvolvimento psicossocial”, ressaltou o relator em seu voto”.

O ministro finalizou seu voto dizendo que: “considerando as peculiaridades contidas no presente feito, entendo que não posso contrariar tais conclusões para adequar a vida de pessoas a um entendimento doutrinário.”

Nesse sentido, entende-se que a questão da guarda compartilhada vai muito além de suas vantagens e desvantagens, na medida em que ela possui efeitos psicológicos importantíssimos, sobretudo para o menor. Para uma criança, pior que viver com pais separados, é viver com pais separados que vivem se digladiando.

Não existe um manual de Direito de Família e muito menos estudos que afirmem qual o melhor modelo de guarda a ser seguido, para que o melhor interesse da criança e do adolescente seja atingido em sua plenitude. A eficiência da guarda compartilhada dependerá das análises feitas pelo magistrado, com a ajuda de equipes interdisciplinares, que analisando o caso concreto, decidirá pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

Embora, no mês de agosto do ano passado, o CNJ tenha emitido a Recomendação de nº 25, na qual recomenda aos Juizes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra; entendemos que a aplicação da guarda compartilhada só será efetiva, no momento que essas decisões venham acompanhadas de programas que tenham como objetivo final proporcionar uma melhor convivência entre os pais e, conseqüentemente, para os filhos.

Deve o Poder Público e as instituições envolvidas proporcionar programas que minimizem os efeitos da separação do casal na vida, principalmente, do menor. Podemos citar como exemplo desses programas a participação em cursos, como o disponibilizado, gratuitamente, pelo Conselho Nacional de Justiça chamado de “Oficina de Pais e Mães Online” que foi criado para ajudar pais e mães a entender melhor os efeitos da separação na sua vida e na de seu filho e, ainda, para dar-lhe algumas ideias de como ajudar a si próprio (a) e a seu filho a superar as dificuldades desta fase de mudança e a ter uma vida mais harmoniosa e feliz.

Para finalizarmos, o que realmente importa para o filho de pais separados é o compartilhamento do amor. “A forma mais eficiente de expressarmos o amor ao filho é manifestá-lo através de nossa presença na vida deles. Não a presença de quem vigia ou toma conta, mas a presença de quem ouve, acaricia e acompanha.”⁸⁷ Como diz a advogada Lúcia

⁸⁷ SCHETTINI FILHO, Luiz. Amor perdido de amor – as relações afetivas na família. Recife: Edições Bagaço, 2000, p. 68.

Cristina Guimarães, é certo que o tema transborda os limites do direito, como ciência jurídica, mas identifica-se em sua origem.⁸⁸

Nesse sentido, o que realmente deve ser compartilhado é a relação harmoniosa entre pais e, entre pais e filhos, para que situações com a que ocorreu no dia 31/12/2016, em Campinas-SP, não volte a ocorrer. Na ocasião, um pai matou a ex-mulher e o próprio filho, juntamente com mais 10 pessoas, e depois se matou. Segundo carta deixado por ele, a mãe estava praticando alienação parental com o seu filho de 8 anos de idade.

⁸⁸ DECCACHE, Lúcia Cristina Guimarães. Guarda Compartilhada: compartilhando o amor. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias. DELGADO, Mário Luiz (coord.). Guarda compartilhada. 2. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 201.

7 CONCLUSÃO

A sociedade passou por profundas mudanças no último século. Essas mudanças provocaram importantíssimas alterações na entidade familiar que, por conseguinte, alterou as relações familiares.

Com isso, as famílias, por influência da vida moderna, começam a ter mais dificuldades, entre elas, a de convivência, sobretudo depois da dissolução da sociedade conjugal. Essas mudanças provocaram alterações em muitos institutos ligados ao direito de família, entre eles, o instituto da guarda. A modalidade de guarda que ganhou grande importância com essas mudanças, foi a guarda compartilhada, positivada no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 2008, através da Lei nº 11.698.

Atualmente, o modelo de guarda considerado, pela doutrina e jurisprudência, mais adequado é a guarda compartilhada, uma vez que nela está demonstrada a igualdade dos genitores em relação a seus filhos, o que proporciona a participação efetiva de ambos os pais na formação física e psíquica do menor.

Todavia, na maioria das vezes, a dissolução da sociedade conjugal vem acompanhada de ressentimentos e mágoas entre os ex-cônjuges, o que acaba por inviabilizar a aplicação do instituto da guarda compartilhada. Por outro lado, verificou-se que após a entrada em vigor da Lei nº 13.058/2014 que regulamentou a guarda compartilhada como a regra a ser aplicada pelo magistrado, houve um considerável aumento na aplicação do instituto pelos juízes e tribunais brasileiros.

Ressalta-se, entretanto, que a norma por si só não será capaz de efetivar o verdadeiro objetivo da lei da guarda compartilhada, que é proporcionar uma convivência harmônica entre a família parental, contribuindo assim para um perfeito desenvolvimento psicossocial da prole menor.

Daí a extrema importância dos pais compreenderem que, com a guarda compartilhada, só haverá ganhadores, e que, sobretudo, os direitos e interesses do menor poderão ser satisfeitos sem maiores traumas, de modo a obterem um melhor padrão de desenvolvimento. Como também, é de suma importância que o casal tenha consciência que as crianças precisam tê-los por perto e de não transformar os filhos em um instrumento de batalha contra o ex-cônjuge.

Por fim, acompanhada da compreensão por partes dos pais da importância da guarda compartilhada, deve o poder público, juntamente com as instituições envolvidas, proporcionar meios que assegure o objetivo último do instituto da guarda compartilhada, que é a

convivência harmônica entre os ex-cônjuges e filhos e, por conseguinte, o alcance da felicidade familiar. Ou seja, independentemente de qual o tipo de guarda deve ser adotado, deve-se colocar em destaque o papel essencial da família, pois é nela que se pode espelhar, apoio, refúgio, orientação, consolo e respeito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Vol, 2, 1976.

BELLO, Roberta Alves. Guarda alternada versus guarda compartilhada: vantagens e desvantagens nos processos judicializados de continuidade dos laços familiares. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr. 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11387>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. Decreto nº 181 de 24 de Janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 01 ago. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 4.657/1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 02 ago. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 9.701/1946. Dispõe sobre a guarda de filhos menores, no desquite judicial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del9701.htm>. Acesso em: 20 jul 2016.

_____. Lei de 20/1823. Dá nova forma aos Governos das Provincias, creando para cada uma dellas um Presidente e Conselho. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40978-20-outubro-1823-574639-publicacaooriginal-97736-pe.html>. Acesso em: 18 ago 2016.

_____. Lei nº 3.071/1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Lei nº 4.121/1962. Dispões sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%204.121-1962?OpenDocument>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Lei nº 5.582/1.970. Altera o artigo 16 do Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5582.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

_____. Lei nº 6.515/1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm> Acesso em: 28 ago. 2016.

_____. Lei nº 8.069/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 20 set.2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 09 jul. 2016.

_____. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília, 13 jun. 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm >. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. Lei nº 12.318/2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em: 03 nov. 2016.

_____. Lei nº 12.962/2014. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm>. Acesso em: 30 nov. 2016.

_____. Lei nº 13.010/2014. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm> Acesso em: 30 nov. 2016.

_____. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, 22 dez. 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm >. Acesso em: 05 ago. 2016.

_____. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acessado em 02 nov. 2016.

CONCEIÇÃO, Pedro Alex Oliveira. Guarda compartilhada. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12612 >. Acesso em: 7 nov. 2016.

CONRADO, Paulino da Rosa. **Nova lei da guarda compartilhada** – 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
COLTRO, Antônio Carlos Mathias. DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Guarda compartilhada**. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

CUNHA, Tâmara Moraes. Diferentes modalidades de Guarda. Disponível em: <http://tamaramoraesc.jusbrasil.com.br/artigos/189524549/diferentes-modalidades-deguarda?ref=topic_feed>. Acesso em: 05 nov. 2016.

DA SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Poder familiar : Mudança de conceito. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8722&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 15 out. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Waldyr Grisard. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8. ed . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2012.

FRIGATO, Elisa. Poder familiar – conceito, características, conteúdo causas de extinção e suspensão. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceitocaracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao>>. Acesso em: 8 set. 2016.

FURQUIM, Luíz Otávio Sigaud. Os filhos e o divórcio: na guarda compartilhada, pais partilham responsabilidade legal. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-04/guarda_compartilhada_pais_partilham_responsabilidade_legal>. Acesso em: 10 out. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. Entrevista: guarda compartilhada e obrigação alimentar. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5103/Entrevista%3A+guarda+compartilhada+e+obriga%C3%A7%C3%A3o+alimentar>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

JÚNIOR, Antenor Costa Silva. Poder familiar e suas alterações constitucionais: pressupostos e vantagens da concessão da guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4364>. Acesso em: 3 ago. 2016.

JUSBRASIL. Guarda Alternada. Disponível em: <http://contiekruchinski.jusbrasil.com.br/artigos/187855767/guardaalternada?ref=topic_feed>. Acesso em: 6 set. 2016.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. **Dissertação de Mestrado: Guarda Compartilhada: Efetivação dos princípios constitucionais da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente**. Unb, 2007.

LÔBO, Paulo. **As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro.** Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.6. n. 26, out / nov.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Famílias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PEREIRA, Lafayette. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Virgílio Maia, 1919.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada: de acordo com a Lei nº. 11.698/08.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 124, maio 2014. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14781 >.

Acesso em: 5 dez. 2016.

SCHETTINI FILHO, Luiz. **Amor perdido de amor – as relações afetivas na família.**

Recife: Edições Bagaço, 2000.

STOLZE, Pablo. **Novo Curso de Direito de Família.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** vol único, 5 ed. São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil : direito de família.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.