

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

Bruna Weber Kasper

**A GUARDA COMPARTILHADA E A LEI Nº 13.058 DE 2014 SOB A ÓTICA DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Porto Alegre

2016

BRUNA WEBER KASPER

**A GUARDA COMPARTILHADA E A LEI Nº 13.058 DE 2014 SOB A ÓTICA DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Simone Tassinari Cardoso.

Porto Alegre

2016

BRUNA WEBER KASPER

**A GUARDA COMPARTILHADA E A LEI Nº 13.058 DE 2014 SOB A ÓTICA DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul como requisito parcial para obtenção
do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Simone Tassinari
Cardoso.

Aprovado em 04 de julho de 2016

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Simone Tassinari Cardoso (Orientadora)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof^a. Dr^a. Lisiane Feiten Wingert Ody
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Jamil Andraus Hanna Bannura
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

RESUMO

A presente monografia analisa a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro e as modificações introduzidas pela Lei nº 13.058/2014 por meio de uma leitura civil-constitucional dos mecanismos jurídicos de proteção dos filhos. Faz-se a pesquisa bibliográfica das fontes primárias, tais como doutrina e legislação sobre o assunto. Além disso, também se busca jurisprudências sobre o tema e publicações pertinentes. Inicia-se com o estudo do fenômeno da constitucionalização das disposições atinentes ao Direito de Família, para explicar o papel dos princípios constitucionais no tocante à tutela das relações entre pais e filhos, fundadas nos laços de afeto. A partir da Constituição Federal de 1988, consagra-se o princípio da dignidade da pessoa humana como macroprincípio orientador de todo o sistema jurídico, que serve como corolário ao princípio da igualdade entre o homem e a mulher e entre os filhos. Ademais, com base na Doutrina da Proteção Integral, as crianças e os adolescentes passam ser reconhecidos como sujeitos de direitos que gozam de prioridade absoluta, devendo sempre ser preservado o seu melhor interesse. Com as mudanças sociais impulsionadas pela entrada da mulher no mercado de trabalho, não persistem as diferenciações dos papéis parentais da mãe e do pai no âmbito familiar, ambos igualmente subordinados ao princípio da paternidade e maternidade responsáveis. Tanto é assim que a autoridade parental deve ser exercida igualmente entre os genitores, sendo instituto que verdadeiramente representa a gama de direitos e deveres do pai e da mãe no tocante à parentalidade. Ocorre que a guarda dos filhos, ao longo da história, foi prioritariamente materna, de modo que os pais nem sempre puderam estar efetivamente presentes na vida do filho. O principal objetivo da guarda compartilhada é dar maior realce à autoridade parental, por incentivar o exercício conjunto das responsabilidades. Esta é a modalidade ideal a ser buscada nas rupturas familiares por facilitar a manutenção de laços afetivos, porém teve sua aplicação restrita aos casos de ausência de litígio entre os genitores. Esse paradigma é afastado com a vigência da Lei nº 13.058 de 2014, que determina, dentre outros aspectos, a imperatividade da guarda compartilhada, a divisão equilibrada do convívio da criança com ambos os pais, bem como permite a prestação de contas com relação a questões que envolvam o filho. Por certo que o novo diploma legal apresenta um caráter educativo aos genitores, mas questiona-se, neste estudo, se as mudanças introduzidas encontram respaldo nos princípios constitucionais que orientam o tema, em especial o princípio do melhor interesse da criança e adolescente.

Palavras-chave: Família. Princípios Constitucionais. Proteção dos Filhos. Autoridade Parental. Guarda. Guarda Compartilhada. Lei nº 13.058/2014. Melhor interesse da criança e do adolescente.

ABSTRACT

This monograph analyzes the joint custody in the Brazilian legal system and the changes introduced by Law nº. 13.058/2014 through a civil constitutional reading of the legal mechanisms for the protection of children. Bibliographical research of primary sources, such as doctrine and legislation on the subject will be made. It also will be sought jurisprudence on the subject and relevant publications. It begins with the study of the phenomenon of the Constitutionalisation of the provisions relating to family law, to explain the role of constitutional principles regarding the protection of the relationship between parents and children, founded on the bonds of affection. The Constitution of the Federal Republic from Brazil of 1988 enshrines the principle of Human Dignity as supreme principle advisor of the entire legal system, which serves as a corollary to the principle of equality between men and women and the children. Furthermore, based on the Doctrine of Integral Protection, children and adolescents are recognized as subjects of rights that enjoy absolute priority and should always be preserved its best interest. With social changes driven by women's entry into the labor market, do not persist differentiations of parental roles of mother and father in the family, both also subject to the principle of responsible parenthood. So much so that parental authority should be exercised equally between the parents, institute that truly represents the range of rights and duties of the father and the mother in relation to parenting. It happens that the custody, throughout history, was primarily maternal, so that parents could not always be effectively present in the child's life. The main objective of joint custody is greater emphasis on parental authority, by encouraging the joint exercise of responsibilities. This is the ideal to be sought in family breakdown for facilitating the maintenance of emotional ties, but had their use restricted to cases of no dispute between the parents. This paradigm is somehow overcome with the Law nº 13.058/2014, which determines, among other things, the imperative of joint custody, the balanced division of child living with both parents, and enables accountability on matters involving the child. Certainly the new law has an educational character to parents , but it is questioned in this study , if the changes made are supported by the constitutional principles governing the subject , in particular the principle of the best interests of the child and adolescent .

Keywords: Family. Constitutional Principles. Protection of Children. Parental Authority. Custody. Joint custody. Law nº 13.058/2014. Best Interests of The Child and Adolescent.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DA PROTEÇÃO DOS FILHOS: OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM QUESTÃO	13
2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: A TRAJETÓRIA DAS FAMÍLIAS	13
2.2 PROPOSTA: A RELEITURA DA FAMÍLIA A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	18
2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	23
2.2.2 Princípio da igualdade entre pai e mãe e igualdade entre os filhos	27
2.2.3 Princípio da prioridade absoluta e melhor interesse da criança e do adolescente	31
2.2.4 Princípios da paternidade e maternidade responsáveis e da convivência familiar	35
2.2.5 Princípio da afetividade	38
3 DA AUTORIDADE PARENTAL E GUARDA: MECANISMOS JURÍDICOS PARA A TUTELA DA PERSONALIDADE DOS FILHOS	42
3.1 AUTORIDADE PARENTAL	42
3.1.1 Perspectiva histórica e possibilidade conceitual	43
3.1.2 Conteúdo e exercício na perspectiva constitucional	47
3.1.3 Hipóteses de extinção, suspensão e perda	52
3.2 GUARDA	55
3.2.1 Modalidades de guarda	60
3.2.1.1 Guarda unilateral.....	61
3.2.1.2 Guarda compartilhada.....	64
3.2.1.3 Guarda alternada	68
3.3 CONSIDERAÇÕES QUANTO À PREVISÃO JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA NO SISTEMA LEGAL BRASILEIRO	70
4 A GUARDA COMPARTILHADA: PONDERAÇÕES ACERCA DA LEI Nº 13.058 DE 2014	74
4.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO	74
4.2 SÍNTESE DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 13.058 DE 2014 ..	81

4.3 QUESTIONAMENTOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	85
4.3.1 Guarda compartilhada obrigatória: eficácia da imposição judicial	86
4.3.2 Guarda compartilhada ou guarda alternada?	94
4.3.3 Os alimentos na guarda compartilhada e a prestação de contas	98
4.4 NOVOS HORIZONTES: O PAPEL DA MEDIAÇÃO E DA VISÃO INTERDISCIPLINAR AO DIREITO DE FAMÍLIA	104
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	108
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	113

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo parte de uma ótica civil-constitucional dos instrumentos dispostos no ordenamento jurídico brasileiro para a proteção dos filhos, propondo-se a encontrar possíveis respostas acerca do papel do instituto da guarda compartilhada para a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, investigando-se seu conceito, suas características e os elementos essenciais para sua aplicação a partir de uma abordagem fundada em princípios constitucionais norteadores ao Direito de Família. Apresentar-se-á de que modo se deu a evolução da guarda compartilhada e a sua consagração no direito pátrio, até alcançar a sua mais recente leitura, a partir das alterações promovidas pela Lei nº. 13.058 de 2014.

Sendo a família a base da sociedade, e considerando a sociedade em toda a sua complexidade e mutabilidade, sabe-se que as mudanças sociais afetam demasiadamente as relações familiares. A ruptura do sistema patriarcal de sociedade, por exemplo, acarretou relevantes modificações no Direito de Família, assim como a ascensão da mulher na sociedade, que ganhou novos contornos com a sua inclusão no ambiente de trabalho. Discutem-se questões que seriam inimagináveis tempos atrás, como a união estável, a paternidade socioafetiva, a multiparentalidade, as famílias monoparentais, as uniões homoafetivas. Logo, as relações familiares são marcadas atualmente pela pluralidade de formas de afeto e orientadas pela idéia de solidariedade, como instrumento para promoção da personalidade de seus membros.

No Direito de Família, assim como em demais áreas do Direito, observou-se o fenômeno da irradiação das normas constitucionais à aplicação e interpretação do direito infraconstitucional – processo de Consitucionalização – sendo que a pessoa humana passou a ser o centro do sistema jurídico, em decorrência da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, assenta-se um novo modo de identificação da entidade familiar, pautado pelas relações humanas e afetivas, e torna-se inconcebível afastar a necessária proteção dos filhos de uma análise centrada nos princípios constitucionais em questão.

Nesse contexto, o presente trabalho, com o objetivo de realizar uma análise da guarda compartilhada, usa como referencial a visão civil-constitucional do Direito de Família, interpretando os institutos de proteção da criança e do adolescente no

âmbito familiar por meio de princípios constitucionais que norteiam o tema. Acrescenta-se também a necessidade de uma visão interdisciplinar das relações familiares. A mediação ganha espaço de destaque neste ponto, a fim de promover mecanismos mais propícios à abertura do diálogo e à solução do conflito de forma mais humanizada.

Tratar da proteção dos filhos com o devido cuidado somente foi possível com a mudança de postura frente aos direitos das crianças e adolescentes que, até a Constituição Federal de 1988, não eram reconhecidos como sujeitos de direitos. Somente com o advento da Carta Magna de 1988 – a qual seguiu a perspectiva do Direito Internacional e das Nações Unidas neste aspecto – é que se reconhecem direitos fundamentais especiais à população infanto-juvenil. Aliás, tais direitos, além de pertencerem à categoria de direitos fundamentais, também merecem particular atenção, uma vez que devem ser tutelados com primazia, seguindo os ditames do princípio da prioridade absoluta e melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse contexto, no primeiro capítulo da pesquisa, será apresentado um sucinto panorama acerca da evolução das diferentes concepções das famílias ao longo da história, a fim de se aproximar ao atual estágio da família contemporânea, que tem seu alicerce nos princípios constitucionais. Deste modo, será traçada a importância do reconhecimento da normatividade dos princípios e sua irradiação ao Direito de Família e à disciplina da proteção dos filhos. Precisamente, serão abordados os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre pai e mãe e entre filhos, da prioridade absoluta e melhor interesse da criança e do adolescente, da paternidade e maternidade responsáveis, da convivência familiar e da afetividade, que se entendem basilares à verdadeira proteção dos filhos.

Não se pode olvidar que, atualmente, as relações afetivas estão mais dinâmicas e menos estigmatizadas - tanto que foram buscadas facilidades jurídicas para o casamento, para o divórcio e para as uniões estáveis. Como conciliar, no entanto, o rompimento do vínculo conjugal com a necessária proteção do filho fruto deste relacionamento? Pois bem, a nova postura com relação às crianças e aos adolescentes, juntamente com os princípios constitucionais da prioridade absoluta, do melhor interesse, da convivência familiar e da igualdade entre os genitores e entre os filhos, demanda que sejam buscadas alternativas jurídicas as quais viabilizem o desenvolvimento deste infante num ambiente harmonioso, com os cuidados e afetos necessários e inerentes à construção da sua personalidade.

O Direito procura, por meio de dispositivos do Código Civil de 2002 e do Estatuto da Criança e do Adolescente interpretados a partir de princípios constitucionais, estabelecer mecanismos jurídicos que se destinam a orientar como se dará a responsabilidade dos pais com relação aos seus filhos, inclusive depois de findado o laço conjugal, com o objetivo de manter um ambiente salutar à formação das crianças e dos adolescentes. Dentre estes institutos, destacam-se a autoridade parental e a guarda. Geralmente não existe uma lição social familiar pacífica depois do rompimento conjugal, de modo que não se consegue, consensualmente, sem a intervenção do judiciário ou de outros meios existentes (mediação, por exemplo), compor um ambiente propício ao desenvolvimento da criança ou do adolescente, que pode ficar a mercê dos conflitos mal resolvidos de seus genitores.

Nesse contexto, entende-se por autoridade parental um conjunto de direitos e deveres de ordem constitucional, os quais determinam a responsabilidade dos pais em salvaguardar um ambiente adequado à formação e ao desenvolvimento do filho, fundado no exercício conjunto das atribuições da paternidade e da maternidade, sendo a titularidade de ambos os genitores, independente da situação conjugal. Por sua vez, a guarda serve para definir o genitor que está na companhia direta do filho e exerce seus cuidados do dia-a-dia quando do término da relação conjugal ou da ausência de uma moradia comum dos pais. Trata-se de um atributo da autoridade parental e não tem o condão de limitar o pleno exercício dos direitos e deveres que dela decorrem. Existem diferentes modalidades de guarda, sendo que o Código Civil de 2002 trata especificamente da guarda unilateral e da guarda compartilhada, que serão objeto de estudo. Além destes modelos, caberá também a análise da guarda alternada, em razão da sua pertinência às questões que serão levantadas.

Assim, o segundo capítulo, analisando a disciplina de proteção dos filhos na atual perspectiva civil-constitucional, abordará o instituto da autoridade parental e o seu panorama histórico, para fins de identificar seu conceito, conteúdo e forma de exercício, averiguando-se as hipóteses de suspensão, extinção e perda. Na segunda parte do capítulo, por sua vez, explicar-se-á a guarda dos filhos, fazendo-se breve referência a sua evolução histórica e ao modo de exercício, introduzindo-se a guarda compartilhada como meio à efetivação do superior interesse do filho. Por fim, será lançada a discussão em torno da necessidade da guarda compartilhada frente à forma de exercício e amplitude da autoridade parental no sistema legal brasileiro.

A guarda compartilhada pretende proporcionar à criança maior contato com ambos os pais, em respeito ao direito dos filhos de conviver de forma equilibrada com os dois referencias (pai e mãe). Logo, inserida no ordenamento jurídico brasileiro inicialmente com a Lei nº 11.698 de 2008, surge a partir de uma tentativa de priorizar a igualdade parental e pretende proporcionar à criança a manutenção dos vínculos afetivos, em respeito ao melhor interesse do filho e ao direito à ampla convivência familiar. De acordo primeira lei a respeito, quando não houvesse acordo entre os genitores, a guarda compartilhada seria aplicada “sempre que possível”, o que fez surgir um acirrado debate relativamente às condições que deveriam ser observadas para a escolha deste regime, notadamente no que diz com a possibilidade de estabelecimento em caso de desarmonia entre os genitores, dado que esta situação é a comum nos términos de relacionamentos.

Com efeito, o posicionamento firmado pela jurisprudência considerou como requisito da guarda compartilhada a presença de harmonia entre os genitores, sendo inviável a sua imposição judicial em caso de litigiosidade entre o ex-casal. Deste modo, sua aplicação foi muito limitada na prática, pois restou restrita aos casos em que existia uma maturidade dos genitores fora do padrão. Diante deste cenário, com a perspectiva de se incentivar e possibilitar a maior aplicação da guarda compartilhada, surge a Lei nº 13.058 de 2014, chamada de “Nova Lei da Guarda Compartilhada”, objeto de estudo do presente trabalho. A Lei nº. 13.058 de 2014 operou importantes mudanças no tema da proteção dos filhos, sendo a mais notável a determinação de imposição obrigatória da modalidade de guarda compartilhada independentemente da situação vivenciada entre os genitores – o que levanta importantes questionamentos.

Além disso, dentre outras alterações significativas introduzidas pela novel disciplina legal, debate-se se existiria certa confusão entre guarda compartilhada e guarda alternada a partir da vigência da nova lei, sendo a segunda modalidade fortemente rechaçada pela maior parte dos especialistas. Outros pontos que também merecem enfrentamento dizem com a fixação de alimentos na guarda compartilhada, bem como com a disposição que autoriza que o pai ou a mãe requeira a prestação de contas com relação às questões atinentes ao filho em face do guardião. Estes aspectos, embora não esgotem todas as discussões que envolvem a entrada em vigor da Lei nº 13.058 de 2014, mostram-se relevantes para

a necessária compreensão e conformidade do instituto da guarda compartilhada aos princípios constitucionais, visando sempre à proteção do melhor interesse do filho.

Diante disso, é fundamental averiguar até que ponto estas alterações introduzidas pela novel Lei nº 13.058 de 2014 não resultariam em prejuízos ao desenvolvimento do filho – os futuros adultos e agentes sociais. A proposta do presente trabalho é discutir a guarda compartilhada, apontando a suas vantagens para o amadurecimento deste ser em fase de desenvolvimento e também analisando em que circunstâncias ela deve ser escolhida e por meio de que mecanismos é possível achar a melhor solução. Com estudos mais aprofundados e com a ampliação do debate, busca-se encontrar argumentos que auxiliem os operadores do direito no tratamento desta questão, tão relevante para a sociedade.

O terceiro capítulo, pois, apresentará um panorama geral acerca da evolução do instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, desde a Lei nº. 11.698 de 2008 até o mais recente diploma legal, qual seja a Lei nº 13.058 de 2014, estudando-se o que levou o legislador reformador a alterar a forma de disciplinar a guarda compartilhada. Serão indicadas as principais mudanças introduzidas pela nova lei, sem a intenção de esgotar o tema, questionando-se alguns de seus aspectos, notadamente a sua conformação ao princípio do superior interesse da criança e do adolescente. Por fim, brevemente será analisado o papel da mediação e da visão interdisciplinar ao Direito de Família, como meio de viabilizar o diálogo necessário à verdadeira coparticipação parental, em benefício do mais interessado na solução do conflito – o filho.

2 DA PROTEÇÃO DOS FILHOS: OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM QUESTÃO

Neste capítulo, elabora-se um sucinto panorama acerca da evolução das diferentes concepções das famílias ao longo da história, a fim de se entender o atual estágio da família contemporânea, que tem seu alicerce na Constituição Federal de 1988, notadamente nos princípios constitucionais. Deste modo, a partir de uma ótica civil-constitucional do tema, será traçada a importância do reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, bem como a sua implicância ao Direito de Família. Por fim, serão abordados os princípios basilares para o estudo da autoridade parental e da guarda dos filhos.

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: A TRAJETÓRIA DAS FAMÍLIAS

Dentre as diversas características da família contemporânea, entendida como complexo fenômeno cultural e social, destaca-se a sua constante mutabilidade, adequando-se aos anseios de seus membros e projetando-se para além de seus limites, de modo a constituir os sustentáculos da sociedade. A ideia de família, seu conceito e seus valores alteram-se conforme a conjuntura de determinada época, consagrando-se a importância do estudo cada momento histórico-social, bem como do sistema jurídico vigente - que tenta acompanhar as rápidas mudanças. A família é fato social e, portanto, nasce antes do Direito de Família, que almeja legitimar um modelo propício aos anseios do Estado e da sociedade.¹

A família antiga consolidou-se a partir da “religião do fogo doméstico e dos ancestrais”, tornando-se mais uma associação religiosa do que associação natural, para a qual a afeição pouco significava.² No que tange à família romana, destaca-se a figura do *pater familias*, chefe de família que detinha o poder sobre os filhos,

¹ “Conjunto de pessoas provindas de um tronco ancestral comum, vínculo de sangue apreendido pelo Direito. Uma definição que emoldura a exterior visibilidade da família e que pouco diz. Ela é, antes, fenômeno social, histórico ou político, e ingressa no mundo do Direito por uma certa ‘redescoberta’ dessas regras pelo legislador, pela jurisprudência e pela doutrina. O Direito positivado emoldura juridicamente um modelo de família que atenda, obviamente, a interesses que sejam congruentes com estruturação do Estado e da sociedade. Um Direito de Família nasce.” (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 37).

² COULANGENS, Fustel de. **A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. BINI, Edson (trad.). 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2001. p. 40.

esposa, netos e escravos. Esse poder era exercido exclusivamente pelo homem chefe, praticamente de forma ilimitada, denotando a estrutura autocrática e patriarcal da época. A mulher encontrava-se numa situação de submissão - antes do casamento, estava sob a influência do pátrio poder do chefe de sua família e, após, rompe com os laços da família de seu pai e passa a pertencer à família e religião de seu marido.³

Na Idade Média, a família feudal era formada por uma ampla linhagem de parentes e “desempenhava também uma função patrimonial indivisível: a propriedade imóvel pertencia à linhagem e fazia-se tudo para conservá-la intacta”.⁴ A família medieval francesa era muito numerosa e sua coesão existia em função de um patrono, que proporcionava todos os meios de subsistência em troca de subordinação.⁵ Este chefe, responsável pela continuidade da linhagem, tinha como preocupação primordial a manutenção da prole:

Eis por que se descobre, no mais profundo do castelo de Adres, uma cela de fecundação e, conjunta, a incubadeira onde amas-de-leite estavam estabelecidas para dispensar a esposa dos cuidados de sua progenitura, a fim de que, sem tardar, fosse novamente engravidada. Eis por que as crianças, desde que atingiam a idade da razão, eram divididas em dois compartimentos distintos: um cuidadosamente fechado, para ali conservar meninas, futuras mães, até que fossem transportadas, uma após outra, em cortejo, para uma outra morada da qual se tornariam damas; o outro aberto, onde os meninos não viriam a alojar-se senão de passagem, como hóspedes, pois eram soltos, lançados ao exterior para ali apossar-se de tudo o que pudessem, especialmente esposas.⁶

Perpassando a época da Renascença e do Antigo Regime, chega-se à família liberal dos séculos XIX e XX, centrada no ideário burguês. De igual sorte, ela foi fortemente influenciada pelos interesses patrimoniais presentes na época, identificados pela forte proteção da propriedade privada. Valorizava-se o “ter em detrimento do ser”, e a sua principal função era a procriação, com o objetivo de manter a estrutura econômica e a transmissão do patrimônio.⁷ Precisamente, seu

³ COULANGENS, Fustel de. **A Cidade Antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. BINI, Edson (Trad.). 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2001. p. 45.

⁴ BELTRÃO, Pedro Calderon. **Sociologia da Família Contemporânea**. Buzzi, Ernesto (trad.). Rio de Janeiro: Vozes Petrópolis, 1970. p. 25.

⁵ DUBY, Georges. **História da vida privada 2: da Europa Feudal à Renascença**. MACHADO, Maria Lucia (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 75-76.

⁶ DUBY, Georges. **História da vida privada 2: da Europa Feudal à Renascença**. MACHADO, Maria Lucia (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 80.

⁷ CARDOSO, Simone Tassinari. *Do contrato parental à socioafetividade*. In: ARRONE, Ricardo (Org.). **Estudos de Direito Civil Constitucional, Vol. 2**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 32.

papel era resguardar os interesses da sociedade burguesa, Para tanto, era estruturada pelo contrato de casamento e essencialmente matrimonializada.⁸

Ao tempo em que a burguesia procurou assentar-se no poder, por meio de elaboração de normas de proteção do indivíduo e da autonomia privada frente ao poder do Estado - circunstância também marcada pela sistematização da dicotomia entre público-privado – buscou-se o arranjo de um Código de Leis completo em si mesmo, que apresentasse todas as respostas necessárias às situações fáticas enfrentadas. Nas palavras de Simone Tassinari Cardoso, “o Direito Civil apresenta pretensão exclusivista, embasada em um sistema fechado, auto-suficiente, para o qual as Constituições não lhe diziam respeito”.⁹ Tanto é assim que as codificações que surgem especialmente após a Revolução Francesa de 1789 – exemplo basilar é o Código de Napoleão Bonaparte - nascem “para que a burguesia pudesse legitimar o seu poder, estabelecendo-se sobre as bases de um sistema fechado e onipotente e capaz de prever todas as hipóteses fáticas a serem tuteladas pelo Direito”.¹⁰

Nesse sentido, acerca do Código de Napoleão, arremata a autora:

O *Code* elegeu a propriedade como instituto central, concebida como o direito de dispor dos bens da maneira mais absoluta. Tratava da proteção do patrimônio individual e familiar, bem como a autonomia de vontade do ser dotado de bens. Não havia espaço para o indivíduo enquanto pessoa, ao contrário, a tutela do ser humano se dava através de uma visão abstrata deste enquanto titular. A apropriação representava o meio destinado à satisfação das necessidades humanas, e a aquisição de bens caracteriza a expansão da inteligência e da personalidade do homem como se ser e ter fossem o verso e reverso da mesma moeda: o indivíduo. Por este motivo, a propriedade deveria ser tutela sem restrições.¹¹

Veja-se que, ao longo da história, a família serviu precipuamente como meio para produção de riqueza, com a finalidade de transmissão do patrimônio, circunstância que perdurou na família burguesa. Pode afirmar, então, que a família romana foi influência para a família ocidental moderna: cruzou a Idade Média e

⁸ CARDOSO, Simone Tassinari. *Do contrato parental à socioafetividade*. In: ARRONE, Ricardo (Org.). **Estudos de Direito Civil Constitucional, Vol. 2**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 33.

⁹ CARDOSO, Simone Tassinari. *Do contrato parental à socioafetividade*. In: ARRONE, Ricardo (Org.). **Estudos de Direito Civil Constitucional, Vol. 2**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 26.

¹⁰ CARDOSO, Simone Tassinari. *Do contrato parental à socioafetividade*. In: ARRONE, Ricardo (Org.). **Estudos de Direito Civil Constitucional, Vol. 2**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 26.

¹¹ CARDOSO, Simone Tassinari. *Do contrato parental à socioafetividade*. In: ARRONE, Ricardo (Org.). **Estudos de Direito Civil Constitucional, Vol. 2**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 27-28.

aportou o Código Civil francês e demais codificações da época.¹² Assim, a família patriarcal, matrimonializada e hierarquizada se assenta como o modelo clássico de família, adotado pelo *Code* de 1804, sob influência das fontes romanas.¹³ Pelo seu caráter hierarquizado, pode-se entender que a família era vista mais como instituição do que como instrumento que permitisse o desenvolvimento dos seus membros – é a chamada família “transpessoal”.¹⁴

No Brasil, o Código Civil de 1916 assentou a família clássica – patriarcal, hierarquizada e matrimonializada -, tendo como influência a codificação francesa de 1804 e o ideário burguês do século XIX.¹⁵ Calha recordar que o Brasil, na época, era uma nação incipiente, essencialmente rural, ainda com força de trabalho escrava, controlada pelos grandes proprietários de terras e sob forte influência da Igreja, ditando regras e condutas.¹⁶ O Código Civil de 1916, à esteira da codificação civilista burguesa do século XIX, buscou por si próprio enxugar o que era o Direito a ser tutelado, com vistas a conservar as instituições burguesas, marcadas pelo “individualismo excludente e patrimonialista”.¹⁷ Elegeu, assim, o modelo de família que interessava às classes mais abastadas, deixando à margem outras formas de famílias existentes na realidade de diferentes camadas sociais.

Entretanto, o perfil familiar consagrado no Código de 1916 não mais se sustentava. Os valores que a sociedade contemporânea aos poucos passou a eleger como primordiais e fundamentais à sua estruturação rejeitaram o padrão familiar clássico, marcado pelas desigualdades e pelos modelos preconcebidos. Dentre os ideários da sociedade que viabilizaram essa nova postura, deve-se ter em mente a consagração da dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser protegido, bem como a busca pela igualdade nas relações familiares, o amparo

¹² FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 27.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999 p. 30.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 31.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 34.

¹⁶ KLEIN, Felipe Pastro. *Família, entidade familiar e união de indivíduos do mesmo sexo*. In: ARRONE, Ricardo (org.). **Estudos de Direito Civil-Constitucional**, v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 132.

¹⁷ KLEIN, Felipe Pastro. *Família, entidade familiar e união de indivíduos do mesmo sexo*. In: ARRONE, Ricardo (org.). **Estudos de Direito Civil-Constitucional**, v. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 137.

integral à criança e ao adolescente e a valorização do afeto como elemento constitutivo do vínculo familiar.

Com efeito, o novo horizonte que se abre às estruturas familiares decorreu principalmente do declínio do patriarcalismo e, ao mesmo tempo, da nova postura adotada pela mulher do século XX.¹⁸ No contexto da Revolução Industrial, por volta de 1930, foram modificados os papéis sociais. As famílias migram do campo para o centro urbano, e a mulher tem de deixar o lar para procurar emprego nas fábricas, reflexo do capitalismo e da procura pelo consumo.¹⁹ Assim, a figura feminina passou a reivindicar direitos e a ocupar posição no mercado de trabalho, o que resultou no movimento feminista da década de 60. A mulher assume, como consequência, um novo papel na sociedade e na organização familiar, não mais considerada como mera coadjuvante, mas sim protagonista de sua própria história.

Neste cenário, não mais prepondera a necessidade de procriação para fins de produção, o que reflete na redução do número de filhos – no ponto, também merece destaque a evolução da medicina no que tange ao avanço dos métodos anticoncepcionais. Estabelece-se a chamada família nuclear, composta pela tríade pai-mãe-filho e, como consequência, as relações familiares se aproximam.²⁰ Conforme Rodrigo da Cunha Pereira, “a família deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução”; nasce uma nova realidade social: “a necessidade de que o sustento do laço conjugal estivesse no amor, no afeto e no companheirismo”.²¹ Trata-se da ruptura do modelo de família formado unicamente pelo matrimônio, circunstância que excluía outras formas de composição familiar, para a ascensão de uma visão plural e igualitária de família.

Luiz Edson Fachin traça este novo panorama:

Mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância. Tripé de fundação, como se explica. Diversidade cuja existência do outro torna possível fundar a família na realização pessoal do indivíduo que respeitando o “outro” edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar. Comunhão que valoriza o afeto, a afeição que recoloca

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 03.

¹⁹ CARDOSO, Simone Tassinari. *Do contrato parental à socioafetividade*. In: ARRONE, Ricardo (Org.). **Estudos de Direito Civil Constitucional, Vol. 2**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 74.

²⁰ CARDOSO, Simone Tassinari. *Do contrato parental à socioafetividade*. In: ARRONE, Ricardo (Org.). **Estudos de Direito Civil Constitucional, Vol. 2**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 72.

²¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 06.

novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela subsistência de sua própria razão de ser e não apenas pelos vínculos formais ou consangüíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões.²²

Logo, reveste-se o Direito de Família de novos valores, voltados à pluralidade e à proteção da pessoa como sujeito de direitos e deveres, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da democracia e da solidariedade. Ganha força uma nova perspectiva da família, a qual tem alicerce na Constituição Federal de 1988 e, igualmente, na valorização dos princípios constitucionais como fonte de normatividade, como a seguir se analisa.

2.2 PROPOSTA: A RELEITURA DA FAMÍLIA A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com o advento da Constituição Federal de 1988, inaugura-se uma nova era para o Direito Civil, especialmente para o Direito de Família. Com efeito, tratando do tema num capítulo específico, a Carta Magna abordou o papel dos sujeitos que compõem o núcleo familiar e a sua organização, dando efetivo tratamento constitucional à matéria. Conforme afirma Paulo Lôbo, “as forças vivas da sociedade influíram efetivamente nas opções do constituinte de 1988”, deste modo, a Constituição “absorveu de fato os valores que a sociedade conseguiu veicular para servir de fundamento ou base à organização social”.²³

A Constituição, portanto, como expressão máxima dos valores da sociedade, passa a ser o ponto de partida para a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais. Gustavo Tepedino aduz que a complexidade do ordenamento “há de ser compreendida de forma unitária a partir da tábua axiológica contida na

²² FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p. 306.

²³ LÔBO, Paulo. *A constitucionalização do direito civil brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008 p. 22.

Constituição Federal”,²⁴ e arremata: “a Constituição exerce papel unificador do sistema, permitindo a harmonização da pluralidade de fontes normativas”.²⁵ Afastando-se de remotas concepções que previam o isolamento do Direito Civil frente à Constituição, decorrentes da suposta dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, nasce a dogmática do Direito Civil-Constitucional, fruto do processo de constitucionalização do Direito Civil – as regras e os princípios constitucionais passam a ter função cogente, consolidando uma unidade hermenêutica.

Deste modo, a partir de então, torna-se imperioso que a tarefa hermenêutica, no seu objetivo de harmonizar os diversos ramos do Direito aos valores sustentados pela sociedade, seja orientada pelo diploma constitucional, que se irradia ao sistema jurídico na missão de lhe dar unidade. Não mais se sustenta que seja dada interpretação destoante às regras infraconstitucionais sob o superado argumento da divisão entre as normas de Direito Privado e as de Direito Público.

Conforme Pietro Perlingieri, trata-se da busca pela harmonização entre as fontes, ante a sua pluralidade, mas que, como visto, devem estar condicionadas à unidade do ordenamento jurídico – segundo o autor, “a unidade do ordenamento não exclui a pluralidade e heterogeneidade das fontes”.²⁶ Isso porque, a unidade do ordenamento jurídico é proporcionada pelo respeito à hierarquia das fontes, figurando a norma constitucional no ápice do sistema, notadamente os princípios constitucionais. Logo, na resolução dos conflitos, não se pode levar em conta tão somente o artigo da lei que aparentemente contenha a solução, mas sim buscá-la à luz do inteiro ordenamento, e especialmente dos princípios fundamentais.²⁷

Assim, em que pese as diversificadas fontes normativas, deve a norma constitucional atribuir unidade ao sistema, dando harmonia e coesão ao papel do intérprete. Para tanto, é necessário que os princípios constitucionais figurem como norte, já que eles carregam a carga axiológica da sociedade.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. *O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais*. In: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 361.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. *O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais*. In: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.p. 362.

²⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução do direito civil constitucional**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.08.

²⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução do direito civil constitucional**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.05.

Com efeito, Paulo Bonavides ressalta que o qualitativo avanço dado pela doutrina contemporânea, com relação aos princípios, diz respeito ao reconhecimento da sua normatividade.²⁸ Norma é gênero, e regras e princípios são espécies.²⁹ Nem sempre, porém, os princípios tiveram a relevância normativa que expressam hoje. Nesse sentido, Paulo Bonavides traça a trajetória dos princípios no Direito, desde a sua concepção meramente programática ao seu *status* de fonte subsidiária, para alcançar, finalmente, “na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder”.³⁰

Conforme Luis Roberto Barroso, enquanto as regras trazem segurança jurídica, porque é o constituinte ou o legislador que toma as decisões políticas, materializadas em uma determinação objetiva de conduta³¹, os princípios servem como referência ao intérprete, proporcionando “identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos”, dando unidade ao ordenamento, para fins de se fazer justiça no caso concreto³². Resume o autor, afirmando que “regras são descritivas de condutas, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos”.³³ Ainda, no que tange à eventual tensão e colisão entre os princípios, considerando que eles detêm o “mesmo status hierárquico”, aduz que o autor que “somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que outro”.³⁴

Destarte, o atual estágio da atividade hermenêutica civil-constitucional exige que se opere a conformação das disposições infraconstitucionais civilistas em atenção às normas constitucionais, tanto princípios expressos ou não, quanto regras propriamente ditas, que outorgam unidade axiológica a todo o ordenamento jurídico. A solução dos conflitos levados ao judiciário deve ser estudada caso a caso à luz da

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 266.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013 p. 298.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 299.

³¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.231.

³² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 232.

³³ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 233.

³⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 231.

pluralidade das fontes normativas, as quais devem estar integradas à principiologia constitucional, encontrando a resposta que faça justiça ao caso concreto.

Nesse contexto, relativamente ao processo de constitucionalização do Direito Civil, Paulo Lôbo afirma que seu significado mais importante diz respeito à aplicação direta das normas constitucionais nas relações privadas, notadamente os princípios, de duas formas:

(a) quando inexistir norma infraconstitucional, o juiz extrairá da norma constitucional todo o conteúdo necessário para a resolução do conflito; (b) quando a matéria for objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada em conformidade com as normas constitucionais aplicáveis.³⁵

É nesse cenário de reestruturação das relações privadas, a partir da ótica civil-constitucional e da força normativa dos princípios, que a família contemporânea atualmente está inserida. Surgem novas realidades, anteriormente desprotegidas pela codificação civilista – paternidade socioafetiva, união estável, família monoparental, multiparentalidade, união homoafetiva, famílias recompostas, uniões paralelas, filhos de útero de substituição e inseminação artificial, entre tantas outras. Maria Celina Bodin de Moraes propõe o modelo da família democrática, “em decorrência da inserção, no ambiente familiar, de princípios tais como a igualdade e liberdade”,³⁶ modelo este que pressupõe “pluralidade de estruturas familiares, nenhuma delas apresentado legitimidade superior”.³⁷

Portanto, é a partir desse novo pensar acerca do Direito de Família que deve ser estudado o tema das relações parentais, que acompanhou as significativas mudanças já abordadas. Com relação à disciplina da proteção dos filhos no ambiente da família democrática, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “os relacionamentos familiares democráticos ensejam responsabilidade compartilhada

³⁵ LÔBO, Paulo. *A constitucionalização do direito civil brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.p. 21.

³⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. *A família democrática*. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (org.). **Família e Dignidade Humana: anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.p. 615.

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. *A família democrática*. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (org.). **Família e Dignidade Humana: anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 629.

pelo cuidado da criança, especialmente maior partilha entre mulheres e homens”.³⁸ No que tange à autoridade parental, esta “dilui-se na noção de respeito à originalidade da pessoa (o filho)”, de modo que os pais “colocam-se na posição de ajudar os filhos a tornarem-se si mesmos, sendo este considerado atualmente o melhor interesse da criança e do adolescente”.³⁹

Nesse sentido, superada a intolerável discriminação dos filhos como legítimos ou ilegítimos, bem como a autoridade arbitrária do chefe de família, as funções parentais se reestruturam, aproximando-se da busca pela igualdade prevista na Constituição Federal de 1988. Fortalecem-se os laços afetivos, e família passa a ser meio de realização e desenvolvimento da personalidade de cada membro, sendo os filhos, crianças e adolescentes, sujeitos de direitos, aos quais se garantem prioridade absoluta e proteção integral. As definições da autoridade parental em relação aos filhos e escolha de um determinado regime de guarda devem observar os valores constitucionais que garantem à criança e ao adolescente máxima proteção e que estimulam o convívio familiar e a formação de laços afetivos.

Logo, não se pode falar em Direito de Família e, igualmente, na disciplina da proteção dos filhos, sem uma ótica civil-constitucional do tema, em que a força normativa dos princípios exerce papel fundamental. Caso contrário, as relações familiares, já tão delicadas, restariam enclausuradas a um sistema de regras que, por si só, seria incapaz de abrigar todas as formas e peculiaridades da família contemporânea que, como dito, deve aproximar-se de um modelo democrático.

Por esta razão, sem a intenção de esgotar o tema, foram elencados, no presente trabalho, os princípios entendidos como basilares para a disciplina da proteção dos filhos, especificamente no que se refere à guarda e à autoridade parental. São eles: (i) princípio da dignidade da pessoa humana; (ii) princípio da igualdade entre pai e mãe e igualdade entre os filhos; (iii) princípio da prioridade absoluta e do melhor interesse da criança e do adolescente; (iv) princípio da paternidade e maternidade responsáveis e da convivência familiar; (v) princípio da afetividade.

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin. *A família democrática*. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (org.). **Família e Dignidade Humana: anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 618.

³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin. *A família democrática*. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (org.). **Família e Dignidade Humana: anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.p. 619.

2.2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 adota a dignidade humana como valor orientador de demais direitos, cujo requisito para titularidade é tão somente a condição humana.⁴⁰ A dignidade humana orienta o sistema internacional de Direitos Humanos e se projeta nas codificações locais, sobretudo no período pós-guerra, em que se verifica a necessidade de superação da ótica positivista, marcada pelo sistema de normas fechadas e meramente formais, para fins de se consagrar um modelo valorativo voltado aos princípios, com realce à dignidade humana.⁴¹ Assim, a Constituição Federal de 1988 eleva a dignidade da pessoa humana ao plano de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro⁴², assinalando a derrota do regime autoritário militar de 1964 e consolidando um sistema de proteção de direitos fundamentais.⁴³

O princípio da dignidade da pessoa humana ganha essencial relevância na ordem jurídica atual, dado o seu caráter de princípio jurídico-normativo nuclear, equipado de plena eficácia, sendo elemento essencial na tarefa da interpretação normativa.⁴⁴ Flávia Piovesan afirma que “a dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe racionalidade, unidade e sentido.”⁴⁵

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008. p. 147.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008.p.148.

⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Brasília (DF), 05 de outubro de 1988 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02.02.2016.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008. p. 149.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008.p. 152.

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008. p. 153.

É certo que não se pode apontar uma concepção pré-definida e emoldurada à dignidade. Isto porque, ao entendê-la justamente como qualidade inerente ao ser humano e valor que identifica a sua natureza, percebe-se que se está diante de um conceito aberto e plural. Contudo, ainda que não se olvide desta visível dificuldade de conceituação normativa, constantemente se faz necessário averiguar violações ao seu conteúdo, de modo que certa definição de dignidade será consequência da tentativa de sua proteção e promoção pela atividade estatal. Trata-se de um conceito que está em constante desenvolvimento, a par dos valores da sociedade contemporânea, cabendo ao Estado, por meio da atividade constitucional, efetivar sua concretização e delimitação.⁴⁶

A propósito, não se pode falar em dignidade humana sem retomar a doutrina de Immanuel Kant. Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, o filósofo alemão elabora as bases para a formulação do conteúdo da dignidade. O homem, e todo ser racional, não pode servir meramente como meio à disposição desta ou daquela vontade, uma vez que ele existe como fim em si mesmo.⁴⁷ Esta é a diferença entre coisas e pessoas: as coisas, desprovidas de razão, têm um valor relativo e podem ser usadas como meio; as pessoas são seres racionais, cuja natureza já denota terem um fim em si mesmo.⁴⁸ Assim, o homem tem um valor não mensurável, ao contrário da coisa, à qual se pode designar um preço. Segundo Kant, “o que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto *equivalente*; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma *dignidade*.”⁴⁹ Logo, o valor umbilicalmente ligado à natureza humana e que diferencia o homem das coisas é sua a dignidade.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana detém uma dimensão cultural - fruto do passar das gerações e da conduta de cada pessoa - que complementa a mencionada faceta natural, configurando-se a dignidade como

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ed. rev.atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41.

⁴⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. ALEMIDA, Antônio Guido de (trad.). São Paulo: Discurso Editorial: Bacarolla, 2009.p.239.

⁴⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. ALEMIDA, Antônio Guido de (trad.). São Paulo: Discurso Editorial: Bacarolla, 2009.p.239, p. 241.

⁴⁹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. ALEMIDA, Antônio Guido de (trad.). São Paulo: Discurso Editorial: Bacarolla, 2009. p. 265.

“simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um”.⁵⁰ Conceitua o autor a dignidade da pessoa humana como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto conta todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁵¹

A valorização da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico é fruto da “repersonalização” e da “despatrimonialização” das relações jurídicas, uma vez que estes conceitos eclodem a partir da tutela da pessoa humana e podem ser traduzidos no imperativo de reservar-lhe lugar de centralidade no sistema jurídico. Conforme Gustavo Tepedino, “a pessoa humana é o centro do ordenamento, impondo-se assim tratamento diferenciado entre os interesses patrimoniais e os existenciais”.⁵² Essa tendência pode ser observada em diversos ramos do Direito Civil, mas é no Direito de Família que se verifica sua mais notória relevância, ante as particularidades das relações familiares, marcadas pela pluralidade de vínculos afetivos interpessoais que são construídos mediante o respeito à individualidade de cada membro. Nesse sentido, segundo Pietro Perlingieri:

A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contraditoriedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade humana: ainda que diversas possam ser suas modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção daqueles que a ela pertencem.⁵³

Este propósito somente é efetivamente viável por meio de uma releitura do Direito Civil à luz do macroprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Consagra-se a concepção da família eudemonista que, segundo Fachin, pode ser traduzida pela idéia de que “não é mais o individuo que existe para a família e para o

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ed. rev.atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 47.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ed. rev.atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 59.

⁵² TEPEDINO, Gustavo. *O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais*. In: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.p. 365

⁵³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução do direito civil constitucional**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 244.

casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.”⁵⁴

No âmbito do projeto parental, a família distancia-se da tradicional perspectiva patrimonialista e hierarquizada - para a qual a prole existia com objetivo de permitir a transmissão de bens e a formação de força de produção -, para se assentar como meio de proteção dos seus integrantes, propiciando o ambiente adequado ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. Não mais existe lugar à desigualdade entre o pai e a mãe, ao reconhecimento do vínculo familiar unicamente por critérios biológicos e ao tratamento discriminatório dispensado aos filhos nascidos fora do casamento. As relações paterno-filiais passam a ser fundadas, dentre outros pontos, nos laços afetivos, na convivência familiar, na corresponsabilidade e na igualdade com relação à autoridade parental.

Os Tribunais têm o importante papel de consolidar, no caso concreto, a tutela da dignidade da pessoa humana. Em importantes decisões, é possível perceber a intenção genuína do julgador de efetivar este princípio, notadamente em questões versando sobre relações familiares. A título de exemplo, cita-se julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, acerca da possibilidade de multiparentalidade, que diz respeito ao assentamento de mais de um pai ou mãe no registro civil da criança.

No caso, os autores, duas mulheres e um homem, propuseram ação declaratória de multiparentalidade, postulando fosse deferido o registro civil de recém-nascida como filha dos três. Na origem, a demanda foi julgada extinta, sob o fundamento da impossibilidade jurídica do pedido. Contudo, foi interposta apelação e, em grau recursal, foi deferido o pedido de inclusão do nome de uma das mulheres como mãe no registro civil da recém-nascida, juntamente com os pais biológicos, usando-se como razão de decidir o reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações parentais, em interpretação conjunta aos demais princípios infraconstitucionais:

É que o conceito atual de família, para além do modelo tradicional da família “matrimonializada”, entre homem e mulher, deve ser entendido como “cláusula aberta”, não se excluindo do conceito de família – com o devido reconhecimento e proteção do Estado – famílias formadas com base na

⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil e Dignidade da Pessoa Humana: um diálogo constitucional contemporâneo**. In: ALMEIDA, Agassiz Filho; MELGARÉ, Plínio (orgs.). *Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p 114

afetividade, com motivação eudemonista, decorrentes da dignidade individual dos seus integrantes, pautadas pelo respeito e reconhecimento das características pessoais frente à coletividade. [...]No tocante à filha recém nascida, não se cogita de qualquer prejuízo, muito pelo contrário, haja vista que essa criança terá uma “rede de afetos” ainda mais diversificada a amparar seu desenvolvimento, sendo impositivo que o registro público de ciência a terceiros a este arranjo familiar *sui generis* mas que também deve ter reconhecimento por parte do Estado, como afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção da entidade familiar sem preconceito de qualquer espécie, segundo a interpretação do texto Constitucional.⁵⁵

Portanto, essa nova perspectiva das relações parentais, marcada pela diversidade, com fito de promover a realização pessoal de seus membros, que precisam manter-se cercados do afeto próprio dos vínculos familiares, é resultado do papel orientador do princípio da dignidade da pessoa humana, que serve de corolário aos demais princípios constitucionais e infraconstitucionais. Trata-se, pois, de princípio que deve nortear todas as relações jurídicas, notabilizando-se como verdadeiro núcleo da Lei Maior.

2.2.2 Princípio da igualdade entre pai e mãe e igualdade entre os filhos

O princípio da igualdade está esculpido no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, complementando o inciso I que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Revela-se, pois, como princípio que visa a tutelar a dignidade da pessoa a partir de um tratamento baseado na isonomia de direitos e deveres entre os sujeitos de direitos. No ponto, cabe destacar que, embora não se desconheça ser intangível o ideário da isonomia absoluta entre os indivíduos, deve-se buscar o tratamento que confira, no caso concreto, a maior proteção à igualdade substancial entre as relações jurídicas em jogo, reconhecendo e respeitando as diferenças.

No âmbito do Direito de Família, o princípio da igualdade tem forte incidência, não só nas relações entre os cônjuges ou ex-companheiros, mas também nas relações entre os filhos. Nesse sentido, prevê o parágrafo 5º do art. 226 da Carta

⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 70062692876**, da Oitava Câmara Cível. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Porto Alegre, 12 de fevereiro de 2015. Disponível em <www.tjrs.jus.br/>. Acesso em 05.02.2015.

Maior que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Por sua vez, o §6º do art. 227 do diploma constitucional disciplina que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Nesta senda, com o advento da Constituição Federal de 1988, não há mais espaço para a concepção da família tradicional adotada pelo Código Civil de 1916, que tinha no casamento a sua única forma legal de constituição. Veja-se que as características da família patriarcal e excludente, que discriminavam os direitos e deveres entre homens e mulheres, estavam assentadas em diversas disposições daquela codificação civilista: o art. 6º relacionava os sujeitos relativamente incapazes e, no seu inciso II, constava “as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal”; o art. 218 previa a anulabilidade do casamento se houvesse, por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro e, no artigo seguinte, estava enumerado como erro essencial o “defloramento da mulher, ignorado pelo marido”; o art. 233 continha a qualificação do marido como “chefe da sociedade conjugal”; por sua vez, o art. 240 considerava a mulher “companheira e auxiliar nos encargos da família”.⁵⁶

O Código Civil de 2002, na linha principiológica da Constituição Federal de 1988, adotou a igualdade como ideal a ser buscado nas relações jurídicas, modificando as regras excludentes anteriormente vigentes, o que se pode ver em diversos dispositivos. Dentre elas, e com maior relevância ao presente estudo, destaca-se a evolução do vetusto pátrio poder ao agora “poder familiar”, que está disciplinado no art. 1.634 do Código Civil vigente, com a redação dada pela Lei nº 13.058 de 2014, estabelecendo a igualdade entre os cônjuges para o exercício da autoridade parental, independente da situação conjugal, nos seguintes termos: “compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar [...]”.

Conforme Dimas Messias de Carvalho:

A autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre os conviventes ou entre marido e mulher. Institui-se, hodiernamente, com a quebra do patriarcalismo e da hegemonia do poder marital e paterna, a completa

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07.02.2015.

paridade dos cônjuges ou conviventes, tanto nas relações pessoais como nas patrimoniais, igualando-se direitos, deveres e também o seu exercício.⁵⁷

Este novo cenário decorreu das transformações sociais desencadeadas pelo movimento feminista e pelo declínio do patriarcalismo. Segundo Rodrigo da Cunha pereira, “a historia da mulher no Direito é de um *não-lugar*, uma história de ausência, já que ela sempre esteve subordinada ao pai ou ao marido”. A ruptura deste paradigma é fruto da reivindicação de igualdade de direitos e da conquista das mulheres à condição de sujeito de desejo, que “possibilitou à mulher sair da cena exclusivamente doméstica para participar também da cena pública e do mercado de trabalho”.⁵⁸

Uma das aplicações práticas do princípio da igualdade, já mencionada, diz respeito ao exercício da autoridade parental, que é atribuído, sem distinção, ao pai e a mãe, não importando a relação conjugal havida entre ambos. Este fato, alinhado à inserção da mulher no mercado de trabalho, repercute profundamente na disciplina da guarda dos filhos e no direito-dever de convivência familiar. Prioritariamente, era concedida a guarda dos filhos à mãe, pois suas atribuições eram geralmente limitadas ao trabalho doméstico e à criação dos filhos, sendo que aos pais era reservado o direito de visitas. Contudo, com a reinvenção dos papéis sociais, quando a mulher deixa de estar centrada nas atividades do lar e passa a dividir com o homem o mercado de trabalho, este passa também a ter maior importância nas questões domésticas, valorizando-se a paternidade.⁵⁹

Desse modo, aflora a necessária divisão de responsabilidades com relação aos filhos, culminando na chamada guarda compartilhada. Quando da ruptura do laço conjugal, não mais se sustenta a distinção entre guardião e pai “visitante” de fim-de-semana – a relação conjugal tem seu fim, mas a relação parental permanece e deve ser exercida igualmente, por meio da corresponsabilidade e da convivência familiar. No ponto, calha apontar o que ensina Rodrigo da Cunha Pereira:

Assim, a verdadeira igualdade e isonomia de gêneros significa que o poder familiar deve ser exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe. Neste sentido, limitar, restringir visitas/convivência familiar sem um motivo desabonador e que desautorize tal convivência, além de ser uma afronta ao

⁵⁷ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 105-106.

⁵⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 149.

⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 133.

princípio do melhor interesse da criança, desrespeita também o princípio da igualdade. Aliás, o verdadeiro respeito à conjugação destes dois princípios, até que se exclua do nosso ordenamento jurídico o instituto da guarda como forma evoluída do exercício do poder familiar, é o compartilhamento da guarda.⁶⁰

Alem da igualdade entre homens e mulheres, entre pai e mãe, o princípio da igualdade também se traduz na dispensação de igual tratamento aos filhos. A propósito, o art. 1.516 do Código Civil de 2002 expressamente refere que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Logo, não existe, na atual conjuntura, qualquer respaldo à obsoleta concepção que fazia referência à diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, em que se consideravam como merecedores de reconhecimento tão somente aqueles nascidos do casamento. Reconhece-se que a formação do vínculo familiar não mais se restringe a fatores biológicos, tampouco há a necessidade do matrimônio. O vínculo parental, com muito mais propriedade, é resultado da afetividade.

Destarte, é imperioso considerar os filhos como iguais em direitos, independentemente de serem frutos de uma relação fundada no matrimônio ou não, devendo-se extinguir os termos “filho bastardo”, “adulterino”, “espúrio” ou “incestuoso”, por não ser admitida qualquer forma de distinção jurídica e cultural.⁶¹ Aos genitores cabe proporcionar aos filhos as mesmas possibilidades de educação e formação, bem como igual amparo material, moral e afetivo, para fins de viabilizar o desenvolvimento saudável e o crescimento pessoal das crianças e dos adolescentes. Com este mesmo objetivo, aos filhos, mesmo aqueles havidos fora da relação conjugal, deverá ser preservado o direito de conviver igualmente com o pai e a mãe, bem como com a família extensa, em equidade de condições com relação aos outros filhos, atentando-se ao princípio da igualdade.

⁶⁰PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006., p. 151.

⁶¹TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. v. 5: direito de família**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015. p. 16.

2.2.3 Princípio da prioridade absoluta e melhor interesse da criança e do adolescente

Na obra *História Social da Criança e da Família*, Philippe Ariès descreve com minúcias as transformações histórico-culturais ocorridas ao longo dos anos acerca da consciência da infância. Segundo o autor, partindo-se da sociedade medieval, a consciência da infância, notadamente da particularidade infantil que distingue a criança do adulto, não existia.⁶² Conforme o autor, “assim que a criança superava esse período de alto nível de mortalidade, em que sua sobrevivência era improvável, ela se confundia com os adultos.”⁶³

Foi a partir do interesse psicológico e da preocupação moral entre educadores e moralistas do século XVII que surgiu um novo sentimento, relacionado à necessidade de disciplinar e transmitir a racionalidade dos costumes.⁶⁴ Assim, o interesse pela educação, inicialmente ligado aos valores religiosos, foi marco divisor de águas para uma consciência mais apurada do sentimento da infância, cujas consequências foram transmitidas também no âmbito da família, que “deixou de ser apenas uma instituição de direito privado para a transmissão de bens e do nome, e assumiu uma função moral e espiritual, passando a formar os corpos e as almas”.⁶⁵ Desse modo, verifica-se que a trajetória de construção dos direitos das crianças e dos adolescentes perpassa caminhos tortuosos e lutas por reconhecimento.

As crianças e os adolescentes, por muito tempo, não eram identificados como sujeitos de direitos, circunstância que começou a modificar-se a partir da afirmação dos Direitos Humanos. Pode-se destacar, como texto internacional sobre o tema, a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança de 1989, que “acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade”.⁶⁶ A Convenção sobre Direitos da Criança foi ratificada pelo Brasil em 1990, pelo Decreto nº. 99.710/90, e dispõe expressamente, no seu art. 3º, que “as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social,

⁶² ÀRIES, Philippe. **História social da criança e da família**. 2ed. Rio de Janeiro: LCT, 2006. p. 99.

⁶³ ÀRIES, Philippe. **História social da criança e da família**. 2ed. Rio de Janeiro: LCT, 2006. p. 100.

⁶⁴ ÀRIES, Philippe. **História social da criança e da família**. 2ed. Rio de Janeiro: LCT, 2006. p. 104.

⁶⁵ ÀRIES, Philippe. **História social da criança e da família**. 2ed. Rio de Janeiro: LCT, 2006. p.194.

⁶⁶ PIOVESAN. Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 338

tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”⁶⁷

Ao tempo do Código de Menores (Lei nº 6.697/79), estava em pauta no direito brasileiro a “Doutrina da Situação Irregular”, que partia da premissa segundo a qual as crianças e os adolescentes que eram abarcados pelas leis eram os chamados “menores”: aqueles em estado de “patologia social” – situação irregular – que, quando não se enquadravam em determinado padrão, e somente nestas circunstâncias, mereciam atenção especial e passavam a ser objeto da norma.⁶⁸

Esta ideologia foi superada com o advento da Constituição Federal de 1988, que substituiu a “Doutrina da Situação Irregular” pela “Doutrina da Proteção Integral”, cujo sentimento está esculpido no art. 227, *caput*, da Carta Magna:

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.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, a doutrina da proteção integral mantém estreita ligação com a cláusula de tutela da pessoa humana.⁶⁹ A partir do texto constitucional de 1988, as crianças e os adolescentes passaram à categoria de sujeitos de direitos, cuja proteção deve dar-se com prioridade absoluta pelo Estado, pela sociedade e pela família, em razão da especial condição de vulnerabilidade que caracteriza esta etapa da vida humana:

Justifica-se a doutrina da proteção integral, principalmente na razão de se acharem em peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento, isto é, encontram-se em situação especial de maior fragilidade e vulnerabilidade, que autoriza atribuir-lhes um regime especial de proteção, para que consigam se estruturar enquanto pessoa humana e se autogovernar.⁷⁰

⁶⁷ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 10.02.2015.

⁶⁸ “O Código de Menores incluía praticamente 70% da população infanto-juvenil brasileira nesta condição, permitindo que mais tarde se afirmasse que quem estava em situação irregular era o Estado brasileiro”.(SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescentes em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral:uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 44).

⁶⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006 p. 132.

⁷⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 132.

De incapazes, as crianças e os adolescentes tornaram-se sujeitos de direitos merecedores de especial atenção, em razão da condição de pessoa em desenvolvimento. Referida concepção também está lançada no Estatuto da Criança e do Adolescente que, por meio de lei infraconstitucional, vem regulamentar a principiologia constitucional acerca do tema, notadamente nos seus artigos 3º e 4º.⁷¹ Logo, é com base na “Doutrina da Proteção Integral”, incorporada no sistema jurídico nacional, bem como nos valores constitucionais e nos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente que o Direito de Família deve orientar sua atuação no que tange à promoção e proteção dos direitos da população infanto-juvenil, ainda mais quando estão envolvidos em conflitos familiares.

As medidas que anteriormente voltavam-se à “Doutrina da Proteção Irregular”, marcada pelo fundo discriminatório outorgado aos chamados menores, agora são destinadas à promoção e garantia do melhor interesse da criança e do adolescente, cuja tutela se dá com primazia absoluta. Embora não exista definição acabada acerca do conteúdo deste “melhor interesse”, pode-se afirmar que ele se traduz na busca efetiva, dentre todas as hipóteses, daquela que representa a melhor possibilidade à criança no caso concreto - tanto no seu aspecto físico e social, quanto psíquico -, prevalecendo esta sobre as pretensões dos adultos, precipuamente com fito de proteger os direitos e garantias fundamentais que lhe são assegurados com primazia.

Com efeito, Maria Regina Fay de Azambuja apresenta sua inquietação com relação à efetiva aplicação da Doutrina da Proteção Integral e do princípio do melhor interesse:

[...] a correta avaliação da situação da família, em especial, da criança, inclusive quanto ao seu desenvolvimento físico, social e psíquico; a redobrada atenção aos fatos que se sucedem no tramitar do feito, bem como a compreensão das relações familiares, constituem-se em instrumentos que não podem ser desprezados pelo sistema de Justiça. Não é mais possível que os profissionais envolvidos em disputas de família examinem as questões postas, sob o âmbito restrito da pretensão dos

⁷¹BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** “Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 10.02.2015.

adultos, sem averiguar, com atenção, a real situação das crianças pertencentes a estas famílias.⁷²

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente ganha especial relevância nas disputas de guarda de filhos que ocorrem com o fim relacionamento entre o pai e a mãe. Isso porque, nestas situações, não raro o filho acaba tornando-se o “troféu” das disputas judiciais, sendo usado como instrumento de vingança entre o ex-casal, que não consegue separar a relação conjugal que se findou da relação parental que permanece. Por muito tempo, como já mencionado, persistia a ideia de que a guarda dos filhos deveria ser prioritariamente materna, pois a mãe era responsável pelos cuidados do lar e das crianças. Entretanto, ainda que a passos lentos, rompe-se este paradigma, prevalecendo o entendimento de que a guarda, em verdade, pode ser concedida tanto ao pai quanto à mãe, sem discriminação, desde que atenda ao melhor interesse do filho, verificado no caso concreto.⁷³

Sobre o tema, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça, cujo teor transcreve-se, em parte:

Ao exercício da guarda sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que não se pode delir, em momento algum, porquanto o instituto da guarda foi concebido, de rigor, para proteger o menor, para colocá-lo a salvo de situação de perigo, tornando perene sua ascensão à vida adulta. Não há, portanto, tutela de interesses de uma ou de outra parte em processos deste jaez; há, tão-somente, a salvaguarda do direito da criança e do adolescente, de ter, para si prestada, assistência material, moral e educacional, nos termos do art. 33 do ECA. Sobremodo, devem as partes pensar, de forma comum, no bem-estar dos menores, sem intenções egoísticas, caprichosas, ou ainda, de vindita entre si, tudo isso para que possam – os filhos – usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, porque toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, conforme dispõe o art. 19 do ECA. É consabido que a guarda deverá ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, maior aptidão para propiciar ao filho afeto – não só no universo genitor-filho como também no do grupo familiar e social em que está a criança ou o adolescente inserido -, saúde, segurança e educação.⁷⁴

Cabe apontar, também, que em razão da afirmação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como do princípio da igualdade entre o

⁷² AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **A criança no novo Direito de Família**. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hassen. *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004. p. 285.

⁷³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 133.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 964.836-BA (2007/0151058-1)**, da Terceira Turma. Relatoria: Min. Nancy Andrighi. Brasília (DF), 02 de abril de 2009. Disponível em <www.stj.jus.br.>. Acesso em 17.02.2016.

pai e a mãe, fortalece-se o modelo de guarda compartilhada. Neste modelo, tanto o pai quanto a mãe compartilham igualmente as responsabilidades parentais e participam da tomada de decisões importantes para o filho, priorizando-se a manutenção dos laços afetivos e dos referenciais paterno e materno na vida do filho, o que garante um melhor desenvolvimento psicossocial ao sujeito que deve ser tutelado com primazia absoluta. Trata-se de mecanismo jurídico que tem a intenção de proporcionar ao filho maior convivência, tanto com o pai quanto com a mãe, sem que o filho sintasse dividido entre dois lares ou rejeitado por um dos genitores.

2.2.4 Princípios da paternidade e maternidade responsáveis e da convivência familiar

A Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1990, reconheceu que a criança "para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão".⁷⁵ Nesta mesma linha, situa-se o princípio da paternidade e maternidade responsáveis - decorrente das atribuições da autoridade parental -, traduzindo-se no dever do pai e da mãe de "assistir, criar e educar os filhos", previsto art. 299 da Constituição Federal de 1988.

Com relação ao exercício da autoridade parental, já se mostrou que o pai e a mãe, em igualdade de condições, independente da situação conjugal, são responsáveis por dirigir a educação e criação dos filhos. Como cediço, o dever parental apresenta efetivamente um aspecto material, mas também deverá assumir a função precípua de transmitir afeto e amparo moral, alcançados por meio da convivência familiar. Por esta razão, o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente resguarda à população infanto-juvenil o direito à convivência familiar, ao dispor que "toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária [...]".

⁷⁵ BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 10.02.2015.

Com efeito, para se compreender verdadeiramente o sentido do princípio da paternidade e maternidade responsáveis, deve-se ter em mente que os verbos assistir, criar e educar, contidos no regramento constitucional, denotam o dever do pai e da mãe de acompanhar o filho neste constante crescer, desde o primeiro momento da vida, alcançando-lhe não só os meios materiais para o seu desenvolvimento, como também os de caráter emocional e afetivo, prestando-lhes educação moral e assistência. Isto porque o salutar desenvolvimento da criança e do adolescente envolve uma dinâmica entre as bases emocionais e os valores morais e pedagógicos que são adquiridos durante a infância e a adolescência, os quais advêm precipuamente das relações afetivas parentais, que contribuem sobremaneira para a construção do caráter do indivíduo, pois são os pilares para a formação da sua personalidade.⁷⁶

Nesse sentido, ensina Fernanda de Melo Meira, a respeito do conteúdo do dever expresso pelo princípio da paternidade e maternidade responsáveis, o que segue:

No contexto constitucional do tema, esse dever deve ser cumprido, levando-se sempre em conta a especial condição das crianças e dos adolescentes como seres em desenvolvimento, da necessidade que eles têm de uma orientação pedagógica, moral e esteio emocional, o que se faz na convivência, no acompanhamento, nos exemplos, enfim, na *arte* de conviver, que permite a concreta transmissão de valores e construção de uma relação verdadeiramente afetiva.⁷⁷

A convivência familiar, pois, é meio para a construção do ambiente afetivo necessário para pleno desenvolvimento dos infantes, figurando como verdadeira exteriorização da valorização do afeto.⁷⁸ Desse modo, o direito à convivência familiar deve ser assegurado com primazia tanto pelo pai quanto pela mãe, circunstância que não pode ser alterada com o término da relação conjugal entre os genitores, já que a presença de ambas as figuras, materna e paterna, são indispensáveis. Ainda

⁷⁶KRIEGER, Mauricio Antonacci; KASPER, Bruna Weber. **Consequências do abandono afetivo**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 15, nº 1241, 13 de maio de 2015. Disponível em: <www.tex.pro.br/index.php/artigos/305-artigos-mai-2015/7137-consequencias-do-abandono-afetivo>. Acesso em 18.02.2016.

⁷⁷ MEIRA, Fernanda de Melo. *A guarda e convivência familiar como instrumento veiculadores de direitos fundamentais*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.). **Manual de direito das famílias e sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008. p. 286.

⁷⁸ MEIRA, Fernanda de Melo. *A guarda e convivência familiar como instrumento veiculadores de direitos fundamentais*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.). **Manual de direito das famílias e sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008. p. 297.

que a guarda da criança seja exercida unilateralmente, aquele que não está na companhia direta do filho deve manter-se intimamente presente em sua vida.

Salienta-se que, conforme ensina Dimas Messias de Carvalho, o chamado direito de visitas não se confunde com a convivência familiar. Isso porque, “visitar é ver alguém periodicamente, ir até a casa ou outro local por dever, cortesia ou solidariedade. Conviver é tratar diariamente, coexistir, criar, cultivar e manter vínculos afetivos”.⁷⁹ Aliás, importante frisar que o direito de visitas não se trata apenas de direito dos pais, mas acima de tudo dos filhos, importando, inclusive, em dever dos genitores – tanto para o guardião, no sentido de permitir e estimular a convivência, quanto para não guardião, que tem o dever de conviver e cuidar do filho, sob pena de incorrer em abandono afetivo.

Neste cenário, revela-se sobremaneira importante o reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, da possibilidade de indenização por abandono afetivo. Trata-se da aplicação dos institutos da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família, para adequá-lo ao atual contexto constitucional. Na hipótese, reconhece-se que a omissão do pai ou da mãe com relação ao dever de cuidado configura ato ilícito e gera danos de ordem moral, causando profundas consequências negativas ao psíquico da criança, as quais devem ser indenizadas.

Nesse sentido, com relação às obrigações dos pais para com os filhos, em voto emblemático sobre o tema, a Ministra Relatora Nancy Andrighi consignou que “amar é faculdade, cuidar é dever”, destacando o cuidado como importante elemento para a formação da criança e do adolescente, sendo inclusive uma obrigação legal dos pais:

Vê-se hoje nas normas constitucionais a máxima amplitude possível e, em paralelo, a cristalização do entendimento, no âmbito científico, do que já era empiricamente percebido: **o cuidado é fundamental para a formação do menor e do adolescente**; ganha o debate contornos mais técnicos, **pois não se discute mais a mensuração do intangível – o amor – mas, sim, a verificação do cumprimento, descumprimento, ou parcial cumprimento, de uma obrigação legal: cuidar**. Negar ao cuidado o status de obrigação legal importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente, cristalizada, na parte final do dispositivo citado: “(...) **além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência (...)**”. Alçando-se, no entanto, o cuidado à categoria de obrigação legal supera-se o grande

⁷⁹ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2015.p. 496.

empeço sempre declinado quando se discute o abandono afetivo – a impossibilidade de se obrigar a amar. **(grifado no original)**⁸⁰

Logo, decorrente do princípio da paternidade e maternidade responsáveis, tem-se que o compromisso do pai e da mãe para com os seus filhos vai além do mero amparo material, encontrando assento também no dever de proporcionar abrigo emocional ao filho. Isso porque a formação da identidade da criança decorre de influências e vínculos que são criados ao longo das primeiras etapas da vida, sendo o pai e a mãe os protagonistas deste aprendizado, proporcionando aos filhos o cuidado e o ambiente afetivo necessários ao seu desenvolvimento. Portanto, deve-se assegurar a todas as crianças e aos adolescentes o direito à convivência familiar com ambos os polos da relação parental, independentemente de manterem relacionamento ou não.

2.2.5 Princípio da afetividade

Ainda que o afeto não conste expressamente do texto da Constituição Federal, inegavelmente ele se apresenta, na atual perspectiva, como base de composição das relações familiares. De uma família patriarcal, hierarquizada e excludente, em que seus membros serviam à produção, consumo e transmissão de bens, passamos à família que tem como função primordial a tutela da personalidade de seus integrantes, cujo elemento distintivo, “que a coloca sob o manto da juridicidade, é a identificação de um vínculo afetivo, a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, solidariedade, identidade de projetos de vida e propósitos comuns.”⁸¹

Com efeito, a mulher não mais está limitada às tarefas domésticas, alcançou a independência e não precisa estar presa a um matrimônio infeliz. O vínculo parental não mais se constrói unicamente com base na consanguinidade, sendo mais relevante, para tanto, o vínculo afetivo. As entidades familiares são plurais,

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n. 1159242/SP (2009/0193701-9)**, da Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília (DF), 24 de abril de 2012. Disponível em <www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em 21.02.2016.

⁸¹ DIAS, Maria Berenice. **Novos tempos, novos termos**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/artigos/121/Novos+tempos%2C+novos+termos>. Acesso em 22.02.2016.

sem modelos pré-definidos, podendo ser compostas de diferentes formas. Todos estes fatores demonstram que o afeto é o laço que sustenta os relacionamentos contemporâneos, que define o ser humano frente aos demais, tornando-se fonte de felicidade, mutualidade e responsabilidade.

Conforme Gisele Maria Fernandes Novaes Hironaka, o afeto deverá estar presente na composição da família tanto em momentos de formação, quanto de ruptura, guiando sua trajetória, e somente após o verdadeiro reconhecimento deste elemento é que se poderá conceber eticamente o Direito de Família:

A afetividade, por sua vez, contamina o fato, nos seus desvãos positivos (e aí pode ser sinônimo de amor, de carinho), ou nos desvãos negativos (e então sua sintonia se faz pelo avesso), tudo isso exatamente porque o afeto não é apenas amor, mas antes ternura. E a vantagem do afeto, compreendido assim, é a possibilidade da realização da ternura na vida de cada um dos membros de uma família e em cada relação familiar que envolva (de conjugalidade ou de parentalidade), tanto nos momentos de paz como nas ameaças de conflitos. Falo da bipolaridade do afeto, como se o quer descrever, aqui, para que ele seja, de uma só vez, o denominador comum das relações familiares, em qualquer tempo do desenvolvimento delas, em tempo de paz ou em tempo de conflito, e também que ele seja o paradigma da dimensão ética no direito de família.⁸²

Nesse contexto, a tutela constitucional do afeto encontra salvaguarda em diversos dispositivos da Lei Maior, ainda que de forma implícita. O art. 226, §§ 3º e 4º, reconhece a união estável como entidade familiar - desconstituindo o paradigma do casamento como única forma de sua composição - e dignifica a família formada por qualquer dos pais e seus descendentes, inclusive adotivos; o art. 227, *caput*, constitui dever da família, do Estado e da sociedade assegurar com primazia às crianças e aos adolescentes o direito à convivência familiar; o art. 227, §§ 5º e 6º, acolhe a adoção como opção afetiva e assegura a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento ou da adoção; o art. 229 estabelece o dever dos pais perante os filhos, bem como dos filhos perante os pais, que se traduz na assistência e cuidado mútuos.

Cabe frisar que a parentalidade socioafetiva é fruto do amadurecimento do princípio da afetividade no ordenamento jurídico. Espécie de filiação não biológica, a socioafetividade caracteriza-se na convivência, na escolha voluntária fundada no

⁸² HIRONAKA, Gisele Maria Fernandes Novaes. *Sobre peixes e afetos – um devaneio acerca da ética no direito de família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e dignidade humana: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006 p. 434-435.

afeto, em que, independente da verdade natural, ao filho se reconhece a posse do estado de filiação.⁸³ Não se descarta que parte da doutrina desacolhe o afeto como princípio jurídico, ao argumento de que ele não pode ser exigido juridicamente – não se pode obrigar a amar. Evidentemente, o amor é inexigível pelo Direito. Apesar disso, é incontestável que existem sim obrigações que são derivadas do reconhecimento do vínculo afetivo externado objetivamente, notadamente as que envolvem relações parentais.⁸⁴ Isso porque, na atual perspectiva, a filiação fundada na socioafetividade produzirá os mesmos efeitos que a filiação biológica, incluindo o direito ao nome da família, à convivência familiar, aos alimentos, aos direitos sucessórios.⁸⁵

Nesse contexto, ainda que a legislação vigente não tenha expressamente disciplinado a parentalidade socioafetiva, ela já se mostra realidade nos Tribunais brasileiros, prevalecendo, inclusive, em detrimento à origem genética:

Assim, é incontroverso que os dispositivos legais do direito material vigente viabilizam a manutenção dos vínculos de parentesco mesmo quando se verifica a ausência, entre pai e filho, de relação biológica. Isso porque, a paternidade, a maternidade e os estreitos e verdadeiros laços familiares se estabelecem pela afeição e pela convivência social. Nesse viés, perde relevância a consaguinidade, pois o que ganha importância e significado para manter a relação jurídica de parentalidade é a posse de estado de filho.⁸⁶

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo:

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consaguinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações. O desafio que se coloca aos juristas, principalmente aos que lidam com o direito de família, é a capacidade de ver as pessoas em toda a sua dimensão ontológica, a ela subordinando as considerações de caráter biológico ou patrimonial. Impõe-se a materialização dos sujeitos de direitos, que são mais que apenas titulares de bens. A restauração da

⁸³ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 554.

⁸⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 558

⁸⁵ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 577.

⁸⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2007.018852-5**, da Primeira Câmara de Direito Civil. Relatora Des. Denise Volpato, Florianópolis, 24 de maio de 2011. Disponível em: <www.tjsc.jus.br > Acesso em 27.02.2016.

primazia da pessoa humana, nas relações civis, é a condição primeira de adequação do direito à realidade social e aos fundamentos constitucionais.⁸⁷

Logo, desaponta o princípio jurídico da afetividade a partir de uma interpretação sistemática da Constituição Federal de 1988, sendo uma das grandes conquistas da família contemporânea. Identifica-se a família por meio do afeto, estritamente vinculado à valorização e promoção da dignidade da pessoa humana, o que direciona, ao princípio da afetividade, especial atenção na ambiência familiar, notadamente tendo em vista que a família tem como atributo primordial a busca efetiva pela realização pessoal de seus integrantes. No tocante às relações parentais, o afeto é da essência da constituição do vínculo e segue orientando a tomada de decisões com relação ao filho – deverá se levar em conta notoriamente quando se fala em mecanismos de proteção dos filhos justamente a preservação do vínculo afetivo, como forma de viabilizar o salutar desenvolvimento das crianças e adolescentes.

⁸⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Afeto, ética, família e o Novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 513.

3 DA AUTORIDADE PARENTAL E GUARDA: MECANISMOS JURÍDICOS PARA A TUTELA DA PERSONALIDADE DOS FILHOS

O presente capítulo tem como objetivo analisar como se dá a disciplina de proteção dos filhos na atual perspectiva civil-constitucional do Direito de Família. Na primeira parte da análise, será abordado o instituto da autoridade parental e o seu panorama histórico, para fins de identificar seu conceito, conteúdo, e forma de exercício, averiguando-se as hipóteses de suspensão, extinção e perda. Na segunda parte, por sua vez, explicar-se-á a guarda dos filhos, fazendo-se breve referência a sua evolução histórica e às modalidades, visando aproximar a perspectiva do superior interesse do filho aos diferentes tipos de guarda. Por fim, será analisada a discussão acerca da (in) existência de necessidade previsão jurídica da guarda compartilhada frente o conteúdo da autoridade parental.

3.1 AUTORIDADE PARENTAL

Autoridade parental é o instituto que regulamenta os principais aspectos relativos à proteção da filiação, contendo os deveres e poderes decorrentes da relação de parentalidade, atribuídos ao pai e à mãe no que tange à pessoa dos filhos. Trata-se de outorgar aos pais não somente poderes em relação a sua prole, mas, sobretudo, deveres, funcionalizados ao interesse do menor e na promoção de sua personalidade, evoluindo no curso do tempo, de acordo à autonomia do filho para as tomadas de decisões em sua vida.⁸⁸

A visão de poder-dever da autoridade parental precisa ser elaborada a partir da ótica civil-constitucional do Direito de Família, em que os princípios constitucionais irradiam-se a todo o ordenamento, servindo de ponto de partida e finalidade axiológica à interpretação jurídica. Tem como base a “troca” de experiências e ensinamentos, destacando-se o seu aspecto dual e educativo, fundado no diálogo entre pais e filhos. Na atual perspectiva, o Direito zela pelo

⁸⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 275.

princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente, em razão da Doutrina da Proteção Integral, da paternidade e maternidade responsáveis e melhor interesse do menor, o que enseja reflexos na compreensão da autoridade parental.⁸⁹

Dito isso, adentra-se, a seguir, ao estudo mais específico da autoridade parental, analisando-se principalmente o seu conteúdo e forma de exercício, para fins de estabelecer as bases ao exame da guarda dos filhos, que, como se verá, representa um aspecto da autoridade parental. Ressalta-se que, por extrapolar os propósitos da presente pesquisa, não serão aprofundadas as questões referentes às prerrogativas oriundas da autoridade parental quanto à administração dos bens dos filhos, o que por óbvio poderá ser objeto de investigação futura.

3.1.1 Perspectiva histórica e possibilidade conceitual

O pátrio poder aflorou no direito romano como sendo um conjunto de atributos rígidos e severos de titularidade exclusiva do chefe de família, o *pater familias*, que o exercia de forma ampla e ilimitada, sob forte influência de crenças religiosas. A *patria potestas* era exercida em relação aos filhos, netos e netas, mulheres e escravos.⁹⁰ O poder outorgado ao chefe era praticamente ilimitado: ele podia abandonar o filho ou vendê-lo, exercia controle total dos bens de família e exercia a *ius vitae necisque*, “direito de vida e morte”, que possibilitava ao pai espancar os filhos e condená-los à morte.⁹¹ Ainda que tenha sofrido certo abrandamento, a autoridade do chefe de família denotava a estrutura patriarcal e hierarquizada da sociedade da época, que influenciou as codificações modernas.⁹²

⁸⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 02.

⁹⁰ “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 e sem limites e de duração prolongada, sem exemplo em outros povos. (GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 40-41.)”

⁹¹ DUCOS, Michèle. **Roma e o direito**. SARZANA, Silvia; NETTO, Mário Pugliesi (trad.). São Paulo: Madras, 2007. p. 64.

⁹² COULANGES, Fustel. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e da Roma**. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2001. p. 79.

O Código Civil de 1916 adotou a nomenclatura “pátrio poder” para regulamentar a relações entre pais e filhos, mantendo a visão autocrática e machista dos tempos romanos. Isso porque, reservou ao marido a chefia da sociedade conjugal, que assumiu o pleno controle das questões referentes à pessoa dos filhos e à administração dos bens, cabendo à esposa exercer o pátrio poder somente na falta do marido, de acordo com o art. 380 do Código Civil de 1916.⁹³ Com o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº. 4.121 de 1962), que alterou o Código Civil de 1916, foi assegurado a ambos o pátrio poder, mas à mulher somente na função de colaboradora.⁹⁴ Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069 de 1990), antecipando-se ao Código Civil de 2002, mas ainda mantendo a expressão “pátrio poder”, consagrou a igualdade de condições do pai e da mãe para exercê-lo.⁹⁵

No entanto, na tentativa de justamente adequar o instituto às escolhas valorativas da sociedade que se erguia, o Código Civil de 2002 optou por utilizar o termo “poder familiar”. Tal preferência decorreu da necessidade de se equiparar o papel do homem e da mulher nas relações familiares, mormente no que tange às obrigações e aos deveres com relação aos filhos – procurou-se, assim, harmonizar as disposições civilistas à Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu bojo o princípio da igualdade nas relações familiares. A partir de então, o ordenamento jurídico brasileiro passou a designar de “poder familiar” o instituto destinado à proteção dos filhos, com reflexos também no Estatuto da Criança e do Adolescente e demais disposições infraconstitucionais.

Não obstante isso, a expressão “poder familiar” não é de toda aceita, uma vez que, mesmo sem permanecer o termo “pátrio”, aparentemente não se buscou refletir essência do instituto – foi mantido o vocábulo “poder”, enfatizando-se as prerrogativas dos pais e a supremacia do interesse destes em face de um

⁹³ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. “Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 25.03.2016.

⁹⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 434.

⁹⁵ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. “Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 25.03.2016

verdadeiro dever de proteção para com os filhos.⁹⁶ Sequer o termo “familiar” é adequado, tendo em vista a autoridade parental não se estende à família. Por esta razão, determinados autores, como Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin, Ana Carolina Brochado Teixeira, entre outros, vêm adotando a terminologia “autoridade parental”, na tentativa de adequar a linguagem ao verdadeiro sentido do instituto.⁹⁷ Outras expressões também são utilizadas, como “dever parental”, “função de proteção”, “função parental”, “responsabilidade parental”, sendo que as legislações estrangeiras igualmente vêm adaptando as suas nomenclaturas.⁹⁸

É preciso superar a visão historicamente consagrada do poder familiar que o enquadrava na categoria jurídica de direito subjetivo. A ideia de direito subjetivo remete às relações essencialmente patrimoniais, ao estabelecer ao indivíduo um poder de ação para a efetivação de uma pretensão, embasada no binômio exigibilidade/satisfação, a partir de dois polos – sujeito ativo, titular de um poder, e sujeito passivo, titular do dever. Deste modo, considerar a autoridade parental como direito subjetivo coloca os pais como senhores do poder e os filhos como objeto de direitos. Na perspectiva do direito subjetivo, o poder familiar era importante apenas em momentos patológicos e em relação a questões patrimoniais.⁹⁹

Ao contrário, o conteúdo da autoridade parental envolve mais deveres do que poderes e, sobretudo, deveres referentes elementos existências e educacionais do filho, em detrimento de aspectos patrimoniais. Nesse contexto, Maria Helena Diniz traz um conceito importante à autoridade parental, que está em conformidade com o entendimento consagrado na doutrina acerca do tema:

⁹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p 268.

⁹⁷ “O conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI**. AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord.). São Paulo: Atlas; 2003 p. 188).

⁹⁸ “O Código de Família da Rússia, de 1918, substituiu a expressão ‘pátrio poder’ por ‘direitos e deveres respectivos dos filhos e dos pais’; o da Espanha encima o título próprio com a expressão ‘Das relações paterno-filiais’; o do Chile, no Título IX, cuida dos ‘direitos e obrigações entre pais e filhos’ [...]. No direito alemão, com a reforma de 1980, designa-e como ‘cuidado paterno a respeito do filho’. Em França, de *puissanceparentale* passou à *autoritéparentale* e nos trabalhos do Conselho da Europa já se usa com frequência a designação *responsabilitéparentales*, adotada pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa em 27 de fevereiro de 1984.” (GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 45).

⁹⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.93-94.

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.¹⁰⁰

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, o conceito que melhor parece identificar o instituto da autoridade parental é aquele contido no artigo 371-1 do Código Civil Francês, com a redação dada pela Lei de 4 de março de 2002:

(...) 'conjunto de direitos e deveres tendo por finalidade o interesse da criança' (inclui o adolescente), para proteção de sua segurança, saúde, moralidade, e para assegurar a sua educação e permitir seu desenvolvimento, em respeito a sua pessoa; os pais devem associar o filho nas decisões que lhe digam respeito.¹⁰¹

Com efeito, deve-se ter em mente que a autoridade parental consiste em um múnus, conferido pelo Estado aos pais, para que ambos zelem pelo futuro dos filhos.¹⁰² Espelha-se na teoria funcionalista das normas de direito de família - o poder que é outorgado aos pais pelo Estado deve ser exercido nos interesses do filho -, evidenciando-se o caráter de poder-função ou de direito-dever da autoridade parental.¹⁰³ Logo, deve-se entender este múnus não somente como conjunto de poderes, mas como um rol de deveres a ser utilizado na busca pela felicidade, pelo bem-estar e pelo cuidado necessário à formação da personalidade dos filhos, o que significa nada mais do que pôr em prática a Doutrina da Proteção Integral.

Arnaldo Rizzardo propõe o que segue acerca da autoridade parental:

[...] se trata de uma conduta dos pais relativamente aos filhos, de um acompanhamento para conseguir a abertura dos mesmos, que se processará progressivamente, à medida que evoluem na idade e no desenvolvimento físico e mental, de modo a dirigi-los a alcançarem sua própria capacidade para se dirigirem e administrarem seus bens. Não haveria tão somente um encargo, ou um múnus, mas um encaminhamento, com poder para impor uma certa conduta, em especial antes da capacidade relativa. Não mais há de se falar praticamente em poder dos pais, mas em conduta de proteção, de orientação e acompanhamento dos pais.¹⁰⁴

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 564.

¹⁰¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI**. AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord.). São Paulo: Atlas; 2003 p. 189.

¹⁰² CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 711.

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p. 424.

¹⁰⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 537.

Portanto, impende considerar a autoridade parental como conjunto de direitos e deveres que se legitimam e encontram limites no melhor interesse do filho. O verdadeiro conceito deve ser buscado na bilateralidade do diálogo e do processo educacional.¹⁰⁵ Nesta estrutura, pais, mães e filhos são todos protagonistas, mas estes se sujeitam à autoridade daqueles, em razão da condição da vulnerabilidade, dentro do limite imposto pelo melhor interesse do filho:

A função delineada pela ordem jurídica para a autoridade parental, que justifica o espectro de poderes conferidos aos pais – muitas vezes em detrimento da isonomia na relação com os filhos, e em sacrifício da privacidade e das liberdades individuais dos filhos – só merece tutela se exercida como um múnus privado, um complexo de direitos e deveres visando ao melhor interesse dos filhos, sua emancipação como pessoa, na perspectiva de sua futura independência.¹⁰⁶

Sendo assim, a autoridade está necessariamente relacionada à função de proteção e perde a sua razão de ser quando exercida com arbitrariedade e em prejuízo ao melhor interesse do filho. Trata-se de consequência da parentalidade, sendo irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, cujas obrigações são personalíssimas.¹⁰⁷ Não se pode resumir o instituto a mero instrumento de subordinação dos filhos à vontade dos pais, mas sim a instrumento jurídico necessário à promoção e proteção da personalidade dos filhos e ao desenvolvimento da autonomia e independência destes para a condução das suas próprias vidas.

3.1.2 Conteúdo e exercício na perspectiva constitucional

O conteúdo da autoridade parental deve ter como suporte os direitos fundamentais da criança e do adolescente, contidos no art. 227 da Constituição Federal de 1988, que estabelece ao Estado, à sociedade e à família –

¹⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p. 313.

¹⁰⁶ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 313-314.

¹⁰⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.p. 436.

especialmente ao pai e a mãe - o dever de garantir, às crianças e aos adolescentes, prioridade absoluta na tutela de seus direitos.¹⁰⁸ Assim, o exercício da autoridade parental servirá sempre à proteção integral do filho e à promoção de seu melhor interesse, garantindo-lhe 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, e colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁰⁹

Igualmente, ganha importância basilar ao conteúdo da autoridade parental o art. 229 da Constituição Federal de 1988, que expressamente confere aos pais os deveres de assistência, de criação e educação dos filhos.¹¹⁰ Os três deveres contidos na norma estão diretamente atrelados à formação da personalidade do filho e à tutela de seus direitos fundamentais, harmonizando-se às diretrizes constitucionais:

[...] o relacionamento entre os genitores e o filho passou a ter como objetivo maior tutelar a sua personalidade e, portanto, o exercício dos seus direitos fundamentais, para que possa, neste contexto, edificar sua dignidade enquanto sujeito. A autoridade parental, neste aspecto, foge da perspectiva de poder e dever, para exercer sua sublime função de instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos. Nisso consiste o ato de educá-los, decorrente dos Princípios da Paternidade e da Maternidade Responsável, e da Doutrina da Proteção Integral, ambos com sede constitucional, ao fundamento de serem pessoas em desenvolvimento, o que lhes garantem prioridade absoluta.¹¹¹

Outro aspecto de grande relevância ao exercício da autoridade parental diz respeito a sua titularidade. Conforme já abordado, por muito tempo, a disciplina da autoridade parental era restrita ao marido, cabendo à mulher exercê-la somente com a falta deste ou, posteriormente, como mera colaboradora. Atualmente, tal

¹⁰⁸ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 713.

¹⁰⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Brasília (DF), 05 de outubro de 1988. “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.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28.03.2016.

¹¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Brasília (DF), 05 de outubro de 1988. “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28.03.2016.

¹¹¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.130-131.

concepção não deve prevalecer, em razão do desdobramento do princípio da igualdade entre homem e mulher, nos termos do art. 226, §5º, da Constituição Federal de 1988,¹¹² bem como no art. 21 Estatuto da Criança e do Adolescente.¹¹³ Caio Mario da Silva Pereira refere ser reflexo do dinamismo da atual sociedade que “impõe que ambos os genitores tenham condições de gerir a vida de seus filhos, em igualdade de condições, em face da inserção das mulheres no mercado de trabalho, bem como da intervenção masculina na administração dos lares”.¹¹⁴

Deste modo, a autoridade parental deverá ser exercida conjuntamente pelo pai e pela mãe, ambos em união de esforços para garantir o bem-estar do filho. Estabelece o Código Civil de 2002 que, na falta ou impedimento ou do pai ou da mãe, o outro exercerá a função com exclusividade e, em caso de alguma divergência entre estes quanto ao exercício, poderá ser buscado o judiciário para a solução do conflito.¹¹⁵ Caso o pai não reconheça o filho, este ficará sob a autoridade exclusiva da mãe e, não sendo conhecida ou capaz de exercer o encargo, será designado tutor.¹¹⁶ O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta a possibilidade de colocação da criança em família substituta, mediante guarda, tutela ou adoção.¹¹⁷

¹¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Brasília (DF), 05 de outubro de 1988. “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 30.03.2016.

¹¹³ BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. “Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 30.03.2016.

¹¹⁴ PEREIRA. Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil, v.5: direito de família**. 21ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 483.

¹¹⁵ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 30.03.2016.

¹¹⁶ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 30.03.2016.

¹¹⁷ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. “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.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 30.03.2016.

No Código Civil vigente, as disposições referentes à autoridade parental, no que concernem à pessoa do filho, estão disciplinadas no Capítulo V, “do poder familiar”, contido no Título I, “do direito pessoal”, do Livro IV, iniciando-se sua estrutura com o artigo 1.630, *in verbis*: “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Por sua vez, as questões referentes ao patrimônio do filho estão disciplinadas no Título II, “do direito patrimonial”, subtítulo II, “do usufruto e da administração dos bens dos filhos menores”, compreendido no Capítulo VI, iniciando-se sua disciplina com o artigo 1.689¹¹⁸, que refere precisamente acerca do usufruto e a administração dos pais com relação aos bens dos filhos.

Calha frisar que o Código Civil de 2002 é criticado, no que tange à disciplina da autoridade parental, por repetir muitas das disposições do Código Civil de 1916 sobre a questão, não disciplinando os aspectos mais importantes relacionados aos novos modelos de família e mantendo o antiquado instituto do usufruto dos bens dos filhos aos pais.¹¹⁹ Pode-se afirmar que a estrutura formal do antigo pátrio poder não sofreu relevantes alterações, senão no tocante às questões específicas de redação.¹²⁰ De tal sorte que é imprescindível compreender o conteúdo da autoridade parental a partir de uma perspectiva civil-constitucional, por meio de uma interpretação conforme a Carta Maior.¹²¹

O conteúdo da autoridade parental, no Código Civil de 2002, está regulado pelo art. 1.634, com nova redação dada pela Lei nº 13.058 de 2014, que enumera nove incisos, os quais dispõem acerca de alguns dos direitos e deveres dos pais no que tange à pessoa dos filhos.¹²² Este rol simplista não é taxativo, uma vez que o

¹¹⁸ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.689. O pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar: I - são usufrutuários dos bens dos filhos; II - têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 30.03.2016.

¹¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 p. 435

¹²⁰ “A ordem, a sequência e o conteúdo dos artigos permaneceram, como se a mudança da denominação dos titulares (do *pai* para *o pai e a mãe*) e a exclusão das referências a filhos ilegítimos fossem suficientes”. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI**. AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord.). São Paulo: Atlas; 2003 p. 188)

¹²¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI**. AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord.). São Paulo: Atlas; 2003.p. 192.

¹²² BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Com redação dada pela Lei nº. 13.058 de 22 de dezembro de 2014. “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

conteúdo da autoridade parental, conforme já referido, está atrelado à ordem e aos princípios constitucionais. Com efeito, a função existencial da autoridade parental, conforme Ana Carolina Brochado Teixeira, consiste em “instrumentalizar os direitos fundamentais dos filhos, tornando-os pessoas capazes de exercer suas escolhas pessoais, com a correlata responsabilidade”.¹²³ Assim, os elementos para a efetivação da função constitucional da autoridade parental relacionam-se aos deveres de assistência, educação e criação, previstos na Carta Maior.

Com relação ao dever de educação, este deve ser entendido de forma ampla, ou seja, no aspecto escolar, moral, político, profissional e cívico, incluindo todas as medidas necessárias ao desenvolvimento do filho e inclusão em sociedade.¹²⁴ Deve ser realizado por meio de uma interação contínua - um processo dialógico e permanente, em que ambos os participantes aprendem um com ou o outro.¹²⁵ Conforme assevera Pietro Perlingieri, a autoridade parental “assume mais uma função educativa do que propriamente de gestão patrimonial”, sendo que esta relação educativa entre pais e filhos não envolve um sujeito e um objeto, “mas uma correlação de pessoas, não sendo possível conceber um sujeito subjugado a outro”.¹²⁶ Ressalta-se que não se está dizendo que os filhos não estejam submetidos ao comando dos pais, mas sim que a obediência deve ter como base uma relação de respeito, encontrando seus limites no próprio interesse do filho e na necessidade de transmitir valores e situá-lo em sociedade.¹²⁷

negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 02.04.2016.

¹²³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A disciplina jurídica da autoridade parental**. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Família e dignidade humana: anais V congresso de direito de família*. São Paulo: IOBThomson, 2006. p. 111.

¹²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI**. AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord.). São Paulo: Atlas; 2003.p. 209.

¹²⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Autoridade Parental*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008.p. 256.

¹²⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução do direito civil constitucional**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 258.

¹²⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 147.

Quanto aos deveres de assistência e criação, cabe frisar que estão relacionados ao suprimento das necessidades biopsíquicas do filho, envolvendo também o dever de sustento material. É um constante dever de acompanhar e de se preocupar com o filho, que está vinculado à construção da própria autonomia da criança. Este acompanhado se dá por meio da convivência familiar, que estreita os laços entre os sujeitos e constrói uma rede de afetividade propícia ao desenvolvimento psíquico da criança e também do adulto. Portanto, não se exige o pai ou a mãe de conviver com o filho, tanto que a jurisprudência vem reconhecendo a possibilidade de responsabilização civil por abandono afetivo.¹²⁸

3.1.3 Hipóteses de extinção, suspensão e perda

A extinção do poder familiar é decorrente de uma causa natural que faz cessar a autoridade dos pais, regulada por meio do art. 1.635 do Código Civil de 2002.¹²⁹ Ocorre pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade e pela adoção, já que se extingue a autoridade dos genitores e o filho passa a estar sob a autoridade dos adotantes. Além disso, o Código Civil vigente prevê a possibilidade de extinção por decisão judicial, quando o pai ou mãe incorrer em algum dos comportamentos elencados no art. 1.638, que regula a perda da autoridade parental, quando verificadas atitudes nocivas do genitor com relação ao filho. Segundo Maria Berenice Dias, a utilização indistinta dos termos extinção e perda trata-se de uma impropriedade do diploma legal, tendo em conta que a perda relaciona-se à espécie de sanção, assim como a suspensão da autoridade parental.¹³⁰

Com efeito, o Estado fiscaliza e poderá intervir no exercício da autoridade parental, se verificada alguma irregularidade no cumprimento de tal encargo que

¹²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 440.

¹²⁹ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “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”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 04.04.2016.

¹³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 446.

possa implicar em prejuízos ao filho. Tal intervenção se concretiza por meio das hipóteses de suspensão e destituição do poder familiar (perda), previstas no Código Civil de 2002, cujo procedimento é regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Como dito, são espécies de sanções, mas não com objetivo meramente punitivo, pois têm como propósito muito mais a preservação do melhor interesse do filho, impedindo que este mantenha contato com algum aspecto danoso ao seu desenvolvimento. Tendo em conta a severidade da perda da autoridade parental, esta deve ser sempre a última medida adotada, preferindo-se a suspensão, que possibilitará a retomada do convívio e dos laços afetivos.¹³¹

A suspensão está prevista no art. 1.637, *caput* e parágrafo único, do Código Civil de 2002, que estabelece a sua decretação como medida a ser adotada pelo Juiz, em caso de abuso de autoridade, não atendimento aos deveres inerentes à autoridade parental ou má gestão dos bens dos filhos, bem como quando o pai ou mãe for condenado, em sentença irrecorrível, por crime cuja pena seja maior que dois anos de prisão.¹³² A suspensão da autoridade parental é determinada pelo Juiz, sujeita à revisão e pode ser cancelada quando superado o seu motivo ou quando não seja o melhor para a criança. Pode atingir somente algumas prerrogativas do exercício, como o afastamento do pai ou mãe da gestão dos bens do filho.¹³³

Para Arnaldo Rizzardo, o Estado não pode pactuar com o comportamento dos pais prejudicial aos filhos, que ocorre nas hipóteses em que não desenvolvem bem o *múnus*, “desleixando ou omitindo-se nos cuidados aos filhos, na sua educação e formação; não lhe dando a necessária assistência; procedendo inconvenientemente; arruinando seus bens”.¹³⁴ Assim procedendo, poderá adotar o Juiz medidas que entenda melhor para resguardar os interesses e a segurança do filho, notadamente aquelas previstas no art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, dentre as

¹³¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 444-445.

¹³² BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “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.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 04.04.2016.

¹³³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 445-446.

¹³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 544.

quais estão enumeradas a suspensão ou a destituição do poder familiar.¹³⁵ Cabe destacar que a falta de condições materiais do pai ou mãe não é causa para a suspensão da autoridade parental, conforme prevê art. 23 da referida Lei.¹³⁶

A perda da autoridade parental, que se opera por meio de processo de destituição, é a medida mais gravosa que pode ser imposta ao pai ou a mãe que cometer faltas com relação aos seus deveres parentais. Isso porque, diferentemente da suspensão, em que, transcorrido o prazo ou desaparecendo os motivos, os pais retornam ao exercício da autoridade parental, a perda, em regra, é permanente, ou é necessário um processo judicial contencioso, no qual reste comprovado a não mais existência da causa que a determinou, bem como a possibilidade do pai ou mãe em retomá-la.¹³⁷ A hipótese está regulada pelo art. 1.638 do Código Civil de 2002, que prevê quatro possibilidades para sua ocorrência: aplicar castigo imoderado ao filho, deixar o filho em abandono, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes e incidir reiteradamente em faltas que acarretem a suspensão do poder familiar.¹³⁸

É certo que a proibição de impor castigo imoderado ao filho não se trata de inviabilizar o poder de correção, o *animus corrigendi*, necessário ao estabelecimento de limites e de comportamentos adequados ao filho. O castigo, para implicar na perda da autoridade parental, deve ser extremamente grave e perigoso à pessoa do filho, ultrapassando os limites do justo e do tolerável. Pode se caracterizar como castigo imoderado a prática de maus-tratos, a violência, os espancamentos, o cárcere, imposição de trabalhos forçados, ou seja, atitudes que não trazem nada de

¹³⁵ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** “Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável: I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII - advertência; VIII - perda da guarda; IX - destituição da tutela; X - suspensão ou destituição do poder familiar. Parágrafo único. Na aplicação das medidas previstas nos incisos IX e X deste artigo, observar-se-á o disposto nos arts. 23 e 24.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 05.04.2016.

¹³⁶ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** “Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 05.04.2016.

¹³⁷ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias.** 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 724.

¹³⁸ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “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. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 06.04.2016.

positivo ao filho, marcadas pela arbitrariedade e excessos, que podem constituir inclusive ilícitos penais.¹³⁹

O pai ou a mãe que não dispensa ao filho a devida assistência material, ou nega-lhe condições imprescindíveis a sua subsistência, saúde, educação moral e intelectual, poderá perder a autoridade parental, por deixar o filho em abandono.¹⁴⁰ Também é caso de destituição o pai ou mãe que pratica atos contra a moral e os bons costumes, situação que pode ser compreendida como aquela em que o filho encontra-se em ambiente promíscuo ou inadequado, ao ponto de lhe colocar em perigo moral.¹⁴¹ Atitudes imorais ou indignas contaminam a formação do filho, uma vez que ele ainda não tem o necessário discernimento e maturidade para entender e saber conduzir-se nestas situações.¹⁴² Por vezes, estas duas hipóteses ocorrem concomitantemente, precisamente quando os sujeitos vivem em situação de maior vulnerabilidade social.¹⁴³

3.2 GUARDA

A guarda dos filhos e a autoridade parental são institutos que não podem ser confundidos. Enquanto a autoridade parental representa um conjunto amplo de direitos e deveres do pai e da mãe com relação à pessoa e aos bens do filho, com a finalidade precípua de proteção ao seu melhor interesse, e cujo conteúdo encontra-se enraizado nos deveres de assistir, cuidar e educar previstos na Constituição Federal de 1988,¹⁴⁴ a guarda dos filhos representa apenas um de seus atributos. O

¹³⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 547.

¹⁴⁰ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 725

¹⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 579.

¹⁴² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 548

¹⁴³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70068404359**, da Oitava Câmara Cível. Relator Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Porto Alegre, 14 de abril de 2016; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70068261783**, da Sétima Câmara Cível. Relatora Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, Porto Alegre, 16 de março de 2016. 16/03/2016. Disponível em: <www.tjrs.jus.br > Acesso em 01.03.2016.

¹⁴⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A disciplina jurídica da autoridade parental*. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Família e dignidade humana: anais V congresso de direito de família**. São Paulo: IOBThomson, 2006. p. 111.

art. 1.634 do Código Civil de 2002, traçando um rol de direitos e deveres dos pais com relação aos filhos no exercício do poder familiar, estabelece, no seu inciso II, que compete a ambos os pais “exercer a guarda unilateral ou compartilhada [...]”.

O instituto da guarda deve ser analisado a partir da sua evolução histórica, dadas as modificações advindas do contexto social de cada época. O Código Civil de 1916 permitia tão somente a figura do desquite, caso em que a guarda do filho seria destinada ao cônjuge inocente. Deste modo, historicamente, a guarda era vista mais como prêmio do que como medida de proteção à criança. Com o advento da chamada Lei do Divórcio (Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977), praticamente manteve-se a mesma disciplina conservadora do Código Civil de 1916, ao se utilizar, em regra, a culpa com relação ao rompimento do laço conjugal como critério a desabonar a fixação da guarda a determinado cônjuge, embora fosse possível, diante de certas circunstâncias, o juiz decidir de maneira diversa, em prol do interesse da prole.¹⁴⁵

O cenário de transformações sociais, no entanto, não permitiu que esta realidade perdurasse. Com efeito, o papel da mulher, por muito tempo, ficou restrito às atividades do lar, aos afazeres domésticos e às questões do cotidiano dos filhos, enquanto o marido trabalhava fora de casa para proporcionar o sustento da família. Ocorre que, em que pese ainda se mostrar presente esta realidade em alguns lares, a mulher passou a reivindicar uma posição igualitária com relação aos homens, sobretudo no ambiente de trabalho, o que fez com que ela ultrapassasse as barreiras do lar para conquistar seu espaço, impondo ao homem, também, maior compromisso com relação aos filhos e ao lar.

Nesse contexto, destaca-se o princípio da igualdade entre homem e mulher, esculpido na Constituição Federal de 1988, que assegurou a ambos os mesmos direitos e deveres com relação à entidade familiar e aos filhos. Além disso, ao encontrar seu lugar na sociedade, a mulher reforça a sua independência, de modo que, gradualmente, percebe que não precisa ficar presa a um matrimônio infeliz. Tal fato impulsionou o legislador a encontrar uma solução ao rompimento conjugal que fosse mais adequada aos valores sociais então vigentes, de tal sorte que também a questão dos filhos passou a ser mais seriamente discutida.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 450.

Impende considerar que, com o advento da Doutrina da Proteção Integral, a criança e o adolescente passam a ser sujeitos de direitos, cuja tutela se dá com primazia absoluta, consagrando-se o princípio do melhor interesse. Passa-se a entender que o destino dos filhos não pode ser determinado pelos erros ou acertos dos pais no que tange à relação conjugal, como espécie de recompensa ou troféu. Aos poucos, surge a visão de que a guarda deve obedecer às diretrizes de proteção do melhor interesse e bem-estar da criança e do adolescente. Para tanto, registra-se a importância do papel da jurisprudência,¹⁴⁶ dado que, embora o regramento expresso no sentido de que a guarda deveria ser concedida ao cônjuge inocente à separação, o julgador passou a eleger como critério norteador o melhor interesse do filho.¹⁴⁷

Nesta senda, o Código Civil de 2002, quando da sua promulgação, extinguiu o critério da culpa como determinante da guarda, o que não poderia ser diferente, adotando o interesse do filho e as condições de cada genitor como preceitos definidores do genitor guardião, que exercia a guarda de forma unilateral. Antes das alterações legislativas sofridas pelo instituto da guarda, por meio da Lei nº 11.698 de 2008 e da Lei nº 13.058 de 2014, estabelecia o artigo 1.584 do Código Civil de 2002, *in verbis*: “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”. No ponto, cabe frisar que o legislador outorgou aos pais, em primeiro lugar, a tomada de decisão com relação à guarda dos filhos, uma vez

¹⁴⁶ Nesse sentido, colaciona-se voto do Ministro Eloy da Rocha, datado de 1967, proferido em julgado perante o Supremo Tribunal Federal: “Na discussão sobre a guarda dos filhos, evito usar a expressão “posse”, a despeito de ser corrente. Desagrada-me empregá-la em relação a pessoas, embora tenha conceituação própria “a posse dos filhos”. De resto “guarda dos filhos” corresponde à expressão da lei. A guarda dos filhos, mais do que direito dos pais, é dever. O Código Civil enumera, entre os deveres de ambos os cônjuges, a guarda e educação dos filhos. A guarda é dever, enquanto ela significa não só a presença física dos pais, mas a presença na educação, na formação dos filhos. Isso importa, evidentemente, para a solução dos problemas concernentes aos filhos. Daí concluo que não há imodificabilidade da sentença referente à guarda dos filhos. [...] O que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai ou da mãe. [...] A regra, do interesse do filho, domina, com as suas aplicações, entre as quais o princípio de que qualquer solução deve resguardar a posição moral do menor. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 60265/RJ**, da Terceira Turma. Relator: Min. Eloy da Rocha, Brasília, 12 de maio de 1967. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 12.04.2016).

¹⁴⁷ “A igualdade constitucional entre o marido e a mulher e a necessidade de preservação, em primeiro lugar, do melhor interesse dos menores fizeram com que a doutrina e a jurisprudência deixassem de lado a literalidade do texto normativo para desvincular a questão dos filhos da verificação de culpa de um dos genitores pela separação.” (RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. Volume 3. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 245).

que eles são as pessoas mais indicadas a encontrar a solução que melhor venha salvaguardar os interesses do infante.¹⁴⁸

De igual sorte, o art. 1.612 do Código Civil de 2002, disciplinado no capítulo concernente ao reconhecimento dos filhos, houve por bem substituir o art. 360 do Código Civil de 1916,¹⁴⁹ o qual destinava unicamente ao pai o poder dos filhos em caso de reconhecimento destes por ambos os genitores, para expressamente consignar a prevalência do critério do melhor interesse do filho. Transcreve-se a literalidade do art. 1.612: “o filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor”.

Com o advento da Lei nº 11.698 de 2008, algumas alterações foram feitas com relação ao instituto, dentre elas a inclusão da guarda compartilhada como opção, “sempre que possível”. Por sua vez, a Lei nº 13.058 de 2014, conhecida como “A Nova Lei da Guarda Compartilhada”, inovou ao expressamente determinar a obrigatoriedade desta modalidade, definindo que o tempo de convívio com a mãe e o pai deverá ser dividido de forma equilibrada. Essas leis serão estudadas com mais profundidade na sequência desta pesquisa.

A guarda confere aos pais o dever de prestar assistência, proteção e vigilância aos filhos. Como estrutura da autoridade parental, deve ser exercida em prol dos filhos, configurando-se um instrumento de promoção da personalidade, de forma a lhes alcançar os substratos materiais, morais, emocionais e educacionais para a construção da autonomia e independência. De regra, a guarda é exercida por ambos os genitores, apenas se individualizando quando do término do laço conjugal ou da separação de fato. Isso porque, nessa ocasião, extingue-se a residência comum e um dos cônjuges deixa o lar, sendo necessário definir a situação da criança, onde irá morar e quem estará responsável por seus cuidados diários.¹⁵⁰

Deste modo, o instituto da guarda visa a regulamentar o cotidiano do filho após este rompimento, ou quando da ausência de moradia sob o mesmo teto,

¹⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. Vol. 5: direito de família. 2ªed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 156.

¹⁴⁹ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. “Art. 360. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor, que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07.04.2016.

¹⁵⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 453.

servindo apenas para identificar quem terá o filho em sua companhia direta.¹⁵¹ A guarda, evidentemente, traz consigo a noção de custódia física do filho, mas não se deve relacioná-la a mero direito de posse, pois do contrário se estaria reduzindo a função do instituto, inclusive fomentando a ideia de coisificação do filho, dando-lhe muito mais a posição de objeto do que de sujeito de direitos.¹⁵² Os objetivos do seu exercício devem ser o de proteger o filho de maiores desgastes e o de assegurar o ambiente adequado para o seu desenvolvimento, preservando o seu direito de convivência familiar com ambos os genitores, em plena consonância com o exercício da autoridade parental de forma responsável.

Quem está mais vulnerável quando da ruptura de uma estrutura familiar é o filho, dividido entre situações que não compreende e exposto a todo o tipo de trauma. Conforme Lenita Pacheco Lemos Duarte, os filhos encontram-se “com poucas possibilidades de escolha, vulneráveis e dependentes dos atos e ditos de seus pais e de sentenças jurídicas, que vão determinar quando e como terão acesso ao pai ou à mãe não guardião e outros familiares [...]”.¹⁵³ Não obstante, embora haja o rompimento da relação conjugal, a relação parental deve permanecer intacta.

Para fins de salvaguardar os interesses do filho, deverá o juiz, na ausência de acordo entre os genitores, conforme o art. 1.584, inciso II, do Código Civil de 2002,¹⁵⁴ definir o regime de guarda e o exercício da convivência familiar de maneira que represente a manutenção dos laços afetivos entre o filho e ambos os genitores. Para tanto, valer-se-á de certos critérios, cristalizados na jurisprudência, assim como de elementos baseados em estudos psicológicos e multidisciplinares, sempre com o escopo de encontrar a solução que preserve os interesses dos filhos, os quais se sobrepõem às vontades dos genitores.

¹⁵¹ MEIRA, Fernanda de Melo. *A guarda e convivência familiar como instrumento veiculadores de direitos fundamentais*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.). **Manual de direito das famílias e sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008. p. 261.

¹⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ªed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.452.

¹⁵³ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda dos filhos na família em litígio: uma interlocução da psicanálise com o direito**. 4ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 30.

¹⁵⁴ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: 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.” (Redação dada pela Lei nº11.698/2008). Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 07.04.2016.

3.2.1 Modalidades de guarda

Cabe aos genitores, de comum acordo, escolher o regime de guarda que melhor se adapte a rotina de ambos. No entanto, os desgastes do fim do relacionamento e o grau de beligerância entre o ex-casal muitas vezes impossibilitam um consenso nesta questão. Nestas situações, o legislador atribuiu ao Juiz o poder de decisão, sendo importante que se analise com extrema cautela a solução a ser apontada. Cabe frisar que, alteradas as circunstâncias que determinaram certo regime, poderá este ser modificado a qualquer tempo. No entanto, deverão estar presentes elementos que demonstrem esta necessidade, considerando que alterações bruscas de guarda representam prejuízos ao filho, que perde seu referencial.¹⁵⁵

A doutrina apresenta diversas modalidades de guarda, dentre elas a guarda unilateral, compartilhada, alternada e nidal. No entanto, legislador optou por estabelecer um regime dual, por força expressa prevista no art. 1.583, *caput* e §1º do Código Civil de 2002, que discorre sobre a guarda unilateral e compartilhada.¹⁵⁶ Ainda assim, não se pode considerar o texto legal como taxativo ou exaustivo, porquanto poderá haver casos excepcionais em que será possível a adoção de algum regime diferenciado, sob fundamento do melhor interesse do filho, ante a complexidade de situações jurídicas que se apresentam, cabendo uma avaliação casuística do Magistrado, que terá como subsídio estudos psicossociais multidisciplinares.¹⁵⁷

¹⁵⁵ “[...] observo que as alterações de guarda são prejudiciais para as crianças e, como regra, devem ser mantidas onde se encontram, caso estejam sendo bem cuidadas, pois é o interesse delas é que deve ser protegido e privilegiado.” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70068335371**, da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 18 de maio de 2016. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 13.06.2016).

¹⁵⁶ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “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. (Redação dada pela Lei nº 11.698/2008).” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 08.04.2016.

¹⁵⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Guarda compartilhada: novo regime da guarda de criança e adolescente à luz da Lei 11.698/2008*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.p.181.

Na presente pesquisa, serão analisadas as modalidades de guarda unilateral, compartilhada e alternada, de maior relevância aos objetivos propostos no estudo em questão.

3.2.1.1 Guarda unilateral

A guarda unilateral, também conhecida por guarda exclusiva, é a mais tradicional no sistema brasileiro, sendo aquela em que a custódia física do filho é conferida a um só dos genitores, chamado de genitor-guardião, por consenso ou decisão do Juiz.¹⁵⁸ Até o ano de 2008, quando houve o advento da Lei nº 11.698 de 2008, que introduziu a guarda compartilhada no Código Civil de 2002, não existia previsão de outra modalidade sem ser a guarda unilateral, razão pela qual ela tornou-se a mais usual. Contudo, na atual conjuntura, a guarda unilateral, por força legislativa, ganhou evidente lócus de excepcionalidade, adotada tão somente quando for inviável o estabelecimento da guarda compartilhada.

O guardião será aquele que terá a companhia direta do filho, com quem o filho irá morar e quem irá organizar o cotidiano da criança. O genitor que não está no exercício da guarda terá a obrigação de supervisionar os interesses do filho, podendo solicitar informações ou prestações de contas com relação a questões que lhe envolvam, nos moldes do artigo 1.583, parágrafo 5º do Código Civil de 2002, com a redação da Lei nº 13.058 de 2014.¹⁵⁹ Para definir o genitor guardião, deverá ser evitada a colocação da criança em situação constrangedora de ter de escolher um dos pais.¹⁶⁰ O juiz valer-se-á dos mais diversos fatores que apontem para a

¹⁵⁸ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 505.

¹⁵⁹ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. [...] § 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 (Incluído pela Lei nº 13.058/2014)” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 08.04.2016.

¹⁶⁰ “[...] os especialistas têm alertado para que não se envolva a criança nessa difícil escolha afetiva, ainda que lhe assegure o direito de ser ouvida. Não é recomendável que o juiz a consulte sobre sua opção, pois lhe acarreta sentimentos contraditórios e riscos de conflito psíquico, com afirmações equívocas, pois, afinal, deseja permanecer com ambos os pais. Deve o juiz valer-se da assessoria de

solução que melhor resguarde os interesses do filho, dando prioridade à manutenção da sua rotina já estabelecida:

O juiz levará em conta o conjunto de fatores que apontem para a escolha do genitor cujas situações existenciais sejam mais adequadas para o desenvolvimento moral, educacional, psicológico do filho, dadas as circunstâncias afetivas, sociais, econômicas de cada um. Nenhum fator é aprioristicamente decisivo para determinar a escolha, mas certamente consulta o melhor interesse do filho menor a permanência com o genitor que lhe assegure a manutenção de seu cotidiano e de sua estrutura atual de vida, em relação aos meios de convivência familiar, social, de seus laços de amizade e de acesso ao lazer.¹⁶¹

Com a definição da guarda unilateral, deverá ser disciplinado o regime de convivência do genitor não-guardião, o que se dará, na prática, por meio das chamadas “visitas”, forte no art. 1.589 do Código Civil de 2002¹⁶², em que pese a nomenclatura não seja nem um pouco adequada.¹⁶³ Em poucos casos, somente em bom relacionamento entre os genitores, se verifica um regime de convivência estabelecido de forma livre, conforme a conveniência e a vontade dos pais, razão pela qual, geralmente, caberá ao Juiz determinar o seu ajuste em dias predeterminados, compreendendo encontros periódicos previamente estabelecidos, repartição das férias escolares e dias festivos. Não existem moldes predefinidos por lei, conforme já pronunciou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nestes termos:

[...] Registra-se, outrossim, que não existem regras rígidas para a regulamentação das visitas (art. 1589 do CC/02), devendo o Juiz fixá-las de acordo com as especificidades do caso, buscando um sistema que melhor concilie os direitos dos pais com os interesses dos menores, propiciando que aquele genitor que não detenha a guarda possa conviver com os filhos, contribuindo para a formação e desenvolvimento deles, sem causar-lhes, todavia, prejuízos.[...]¹⁶⁴

equipes multidisciplinares que possam fornecer-lhe elementos para a decisão.” (LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 172).

¹⁶¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 171.

¹⁶² BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 09.03.2016.

¹⁶³ “O direito de visita, interpretado em conformidade com a Constituição (art. 227), é direito recíproco de pais e dos filhos à convivência, de assegurar a companhia de uns com os outros, independentemente da separação. Por isso, é mais correto dizer direito à convivência, ou à companhia, ou ao contato (permanente) do que direito de visita (episódica)”. (LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 174).

¹⁶⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0145.11.054209-2/001**, da Oitava Câmara Cível. Relatora: Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Belo Horizonte, 26 de novembro de 2015. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 15.04.2016.

Na maioria dos casos, conforme já consolidado na jurisprudência, as visitas acabam ocorrendo em finais de semana alternados e em um dia da semana, com pernoite ou não, a depender da idade da criança, repartindo-se as férias escolares, bem como fixando as datas festivas de forma alternada. Não obstante, mesmo com a definição da convivência, a guarda unilateral poderá vir a enfraquecer os laços de afeto, em razão da pouca participação e da esparsa presença do genitor não-guardião na vida do filho, o que muitas vezes é a realidade.¹⁶⁵ Esse é um dos principais argumentos contrários à guarda unilateral, sendo comuns as condutas que dificultam a convivência, geralmente perpetuadas pela mãe, que é a guardiã.¹⁶⁶

Para minimizar essas consequências negativas presentes no regime de guarda unilateral, Rolf Madaleno sustenta que “a determinação da guarda a um só dos genitores deve ser compensada com uma maior transcendência na comunicação do genitor não-guardião para com os seus filhos”.¹⁶⁷ A convivência familiar deve ser entendida tanto como um direito-dever dos pais quanto como um direito dos filhos. Deste modo, é obrigação do guardião permitir e auxiliar o exercício da convivência, assim como é obrigação do não-guardião efetivamente participar da vida do filho, inclusive permitindo o contato do filho com sua família extensa. Verifica-se, também, que muitas vezes é o genitor não-guardião que se afasta do filho por negligência, convicto de que, ao pagar alimentos ao filho, estaria cumprindo seu papel de pai/mãe. Contudo, sabe-se que esta conduta afronta à doutrina da parentalidade responsável, e deve ser rechaçada.

¹⁶⁵ “o pai (ou mãe) periférico – aquele que não detém a guarda -, o dos encontros esporádicos, matematicamente marcados no calendário, é um sério candidato à evasão da paternidade e, de consequência, a tornar-se um pai fantasma no cotidiano de seu filho.” (GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 210).

¹⁶⁶ “É inegável que a guarda única, com o complementar direito de visitas e fiscalização, modelo vigente até há pouco tempo em nosso país, acabava, muitas vezes, propiciando o afastamento entre filhos e pais, o uso indevido e desbalanceado do poder, e fomentando a competição e o egoísmo” (GROENINGA, Gisele Câmara. *Guarda compartilhada – a efetividade do poder familiar*. In: In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 155).

¹⁶⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ªed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 437

3.2.1.2 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada ganhou relevância como alternativa à guarda unilateral, com o objetivo de preservar o direito de ambos os genitores participarem da vida do filho na sua integralidade e em igualdade de condições, por meio de uma conjugalidade de esforços e de responsabilidades. Isso porque, na prática, com relação à guarda unilateral, o que geralmente se observa é a situação em que a mãe fica como guardiã da criança, enquanto o pai resta limitado ao exercício de “visitas em finais de semana alternados” e ao ínfimo “poder de fiscalização”. Ademais, de igual importância, senão maior, seria permitir que o filho continuasse a sentir, constantemente e na mesma medida, a presença tanto do pai e quanto da mãe, mantendo ambos os referenciais.

Nesse cenário, a guarda compartilhada é introduzida no ordenamento jurídico pela Lei nº 11.698 de 2008, tornando-se prioridade a partir de então, embora ela já fosse aplicada pelos Tribunais anteriormente, por meio de uma leitura constitucional do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O artigo 1.583, §1º, do Código Civil de 2002, traça uma definição da guarda compartilhada, caracterizando-a como sendo o modelo no qual há “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. Deverá o Juiz, na audiência de conciliação, informar o pai e a mãe acerca do significado da guarda compartilhada e da sua importância, nos termos do art. 1.584, §1º, do Código Civil de 2002.¹⁶⁸

Na guarda compartilhada, a responsabilidade pela organização das tarefas diárias da criança será compartilhada pelos pais, ou seja, ambos os genitores participam continuamente do dia-a-dia do filho, pegando na escola, na natação, levando para passear e ao futebol. Pouco importa quem estará com a sua custódia física, diferentemente do que ocorre na guarda unilateral, porquanto ambos os

¹⁶⁸ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] § 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.” (Incluído pela Lei nº 11.698/2008). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 10.04.2016.

genitores repartirão as tarefas parentais.¹⁶⁹ Para tanto, será imprescindível a comunicação e o diálogo entre os genitores, bastando que entrem em consenso a respeito, uma vez que tanto o pai quanto a mãe são detentores da mesma autoridade para tomar decisões com relação aos filhos.

Haverá, entretanto, ocasiões em que o Juiz será demandado a estabelecer os períodos de permanência dos filhos com os genitores.¹⁷⁰ Não obstante, cabe destacar que a guarda compartilhada não significa a divisão igual do tempo com cada genitor, uma vez que este regime de guarda diz respeito à divisão de responsabilidades e à coparticipação na tomada de decisões. No mais, tratando-se de escolhas realizadas em conjunto, os pais poderão planejar a convivência do filho como melhor lhes parecerem. Nesse sentido, é a lição de Waldyr Grisard Filho, ao ensinar que a guarda compartilhada

[...] não significa uma divisão pela metade, em que os ex-parceiros são obrigados por lei a dividir em partes iguais o tempo passado com os filhos [...]. Nem os filhos e a guarda se dividem. Na guarda compartilhada podem (e devem) os filhos passar um período com o pai e outro com a mãe, sem que se fixem prévia e rigorosamente tais períodos de deslocamento. [...] Isso porque, a guarda compartilhada não se refere apenas à tutela física ou custódia material dos filhos, mas também a outros atributos do poder familiar.¹⁷¹

Assim, a guarda compartilhada não tem como escopo a divisão da custódia física do filho, como se este pudesse ser repartido meio a meio entre os genitores em prol de seus interesses egoísticos. A proposta da guarda compartilhada é justamente dar maior ênfase à autoridade parental, permitindo que ambos os pais, em igualdade de condições, independente de estar na companhia direta do filho ou não, participe mais intensamente de sua rotina, valorizando-se os laços afetivos e a convivência familiar, mas sem que isto resulte em tratar o filho como objeto a disposição dos pais.

Por conseguinte, é necessário que se tenha como pressuposto da guarda compartilhada a definição da residência fixa da criança para que ela não perca o referencial de moradia que lhe dá estabilidade e segurança. Sobre o ponto, assevera Ana Carolina Silveira Akel o seguinte:

¹⁶⁹ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ªed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 441

¹⁷⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.p. 236.

¹⁷¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7ª ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 170

[...] a referência de lar habitual não deixa de existir, isso porque na guarda compartilhada o menor saberá qual é seu lar habitual (ou de seu pai ou de sua mãe), mas terá um outro lar, eventual, onde poderá dormir, estudar e fazer as lições de casa, divertir-se com seus outros brinquedos e fazer novos amigos, sem a perda da referência certa de qual é a sua verdadeira casa. Essa fixação é muito importante para a criança do ponto de vista psicológico, pois ela não pode se ver como uma bola de “ping-pong”, cada dia num lugar, com pessoas diferentes e hábitos muitas vezes desconexos. A criança necessita, para sua boa formação e para seu pleno desenvolvimento, de uma rotina, cabendo aos genitores estabelecer e respeitar essa rotina sem maiores comprometimentos.¹⁷²

Frisa-se que uma das questões mais debatidas com relação à guarda compartilhada diz respeito à possibilidade de sua ocorrência e imposição em caso de litígio e animosidade entre os genitores. Nesse aspecto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência divergem. De um lado, Rolf Madaleno afirma que o compartilhamento de guarda tem como pré-requisito “uma convivência harmônica dos genitores; como a de um casal que embora tenha perdido sua sintonia afetiva pelo desencanto da separação, não se desconectou da sua tarefa de plena realização parental”.¹⁷³

Já conforme Mônica Guazzeli, ambos os genitores cumprem importante papel, sendo que “as discordâncias, além de não serem elementos que inviabilizam a guarda conjunta, podem até ser boas, até porque diferenças e antagonismos de posições e opiniões poder ser construtivas na formação da criança”.¹⁷⁴ Aparentemente, o legislador já se posicionou quanto ao tema, porquanto a Lei nº 13.058, que entrou em vigor no final de 2014, determinou a obrigatoriedade de imposição da guarda compartilhada, inclusive em caso de desarmonia entre o pai e a mãe.¹⁷⁵

Segundo a lição de Waldyr Grisard Filho, podem-se elencar as vantagens do regime compartilhado, dentre elas: a) ambos os pais exercem igualitária e

¹⁷² ANKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada – uma nova realidade para o direito brasileiro*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 45.

¹⁷³ MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 442.

¹⁷⁴ GUAZZELLI, Mônica. **A nova lei da guarda compartilhada**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Porto Alegre, v.1, n.4, p. 5-21, jan./fev. 2015 p. 11.

¹⁷⁵ BRASIL. 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**. “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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em 10.04.2016.

simultaneamente todos os direitos e deveres relativos à pessoa dos filhos; b) quando os pais cooperam entre si e não expõem os filhos a seus conflitos, minimizam os desajustes e a probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais; c) a não exposição do filho aos conflitos parentais, os arranjos de co-educação e criação aumentam o acesso a ambos os genitores, reduzindo o sentimento de rejeição e fortalecendo o lado emocional; d) eleva o grau de satisfação de pais e filhos, elimina conflitos de lealdade e mantém a vida cotidiana dos filhos do divórcio ¹⁷⁶. Nas palavras do autor:

Nesse novo paradigma pais e filhos não correm o risco de perder a intimidade e a ligação potencial. Ele é o plano mais útil de cuidado, e justiça, aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos. Ele recompõe os embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas negativas de uma separação. Resulta num maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio.¹⁷⁷

Logo, a guarda compartilhada é consequência da principiologia constitucional de igualdade de condições entre homem e mulher na sociedade e nas questões relativas aos papéis familiares, assim como decorre do princípio da prioridade absoluta, que garante a tutela prioritária dos interesses das crianças e adolescentes, pessoas em desenvolvimento. Neste cenário, a guarda compartilhada é preferencial, devendo ser adotada a guarda unilateral somente nos casos em que restar inviabilizada a corresponsabilidade.

Precisamente, há casos em que a guarda compartilhada não será aconselhável – sem entendimento mínimo entre os pais a guarda compartilhada poderá não resguardar o bem-estar do filho. Ademais, quando houver presença de violência doméstica de todo desaconselhável a adoção deste regime. Como importante mecanismo para auxiliar na eficácia da guarda compartilhada, poderá o juiz valer-se da mediação e de alternativas multidisciplinares, como assistentes sociais e psicólogos.¹⁷⁸

¹⁷⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p.210-211.

¹⁷⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.p.217

¹⁷⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 177.

3.2.1.3 Guarda alternada

A guarda alternada, embora não prevista no ordenamento jurídico brasileiro, é abordada pela doutrina em razão da confusão que se faz entre esta e a modalidade compartilhada. Ainda que existam vantagens, a guarda alternada é fortemente desaconselhada pelos operadores do Direito, pelos psicólogos e profissionais da área¹⁷⁹. Isso porque, a guarda alternada nada mais é do que a alternância da guarda unilateral entre os genitores, de modo que, por certo período de tempo, um dos genitores será o guardião, enquanto o outro exercerá o direito de convivência, e vice-versa. De acordo com o psiquiatra e psicanalista David Zimerman, as desvantagens são predominantes neste modelo, destacando o autor “a do prejuízo na construção de um sentimento de identidade da criança, para quem uma residência fixa desempenha um importante papel, inclusive pela razão de que ela colabora para a criança sentir um sentimento de porto seguro [...]”.¹⁸⁰

De acordo com o que já foi explanado, na guarda compartilhada ambos os genitores exercem-na de forma conjunta e contínua, tendo a criança uma residência fixa. Por sua vez, na guarda alternada, o filho residirá, por exemplo, uma semana com a mãe e uma semana com o pai ou um mês com a mãe e um mês com o pai, de forma alternada. Enquanto a criança estiver sob a responsabilidade de um dos genitores, o outro não exercerá o papel de guardião, diferentemente do que ocorre na guarda compartilhada, que tem como pressuposto a atuação conjunta dos genitores. Segundo Waldyr Grisard Filho, a guarda alternada “opõe-se fortemente ao

¹⁷⁹ “Frise-se que tal arranjo não parece desejável, sob a ótica do melhor interesse das crianças, visto que passarão a ser dirigidos de maneiras distintas a cada semana, conforme a conduta de cada um dos pais, o que geraria interferência em suas rotinas e na educação. Ora, ao invés de propiciar uma participação mais intensa de ambos os pais no processo de educação e desenvolvimento da criança, assegurando-lhe um contato cotidiano com os mesmos, a 'guarda alternada' pode aumentar a distância da criança em relação a um dos pais, por interferência do outro sobre o menor, no período em que fica sob a sua companhia, ou mesmo em razão dos diferentes modos de dirigir a sua educação, no que concerne, por exemplo, a deveres, horários e limites. Ademais, a 'guarda alternada', em meio à ampla e conjunta participação dos pais, pode lhe provocar abalo psicológico, em decorrência da insegurança e ansiedade geradas pela falta de referenciais, de parâmetros” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 10056092087396002 MG**, da Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Caldeira Brant, Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 20.04.2016.).

¹⁸⁰ ZIMERMAN. David. *Aspectos psicológicos da guarda compartilhada*. In: In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. 104.

princípio de continuidade, que deve ser respeitado quando desejamos o bem estar físico e mental da criança”.¹⁸¹

A confusão entre compartilhamento e alternância de guarda acontece quando se aplica o modelo de guarda compartilhada - que pressupõe uma residência fixa para a criança e a ampla comunicação dos genitores para estabelecer a coparticipação - com um viés de guarda alternada. Nestes casos, denominando de guarda compartilhada, definem-se rigorosamente as datas em que a criança ficará com o pai e as datas em que a criança ficará com a mãe - a título de exemplo, três dias da semana na casa do pai e quatro dias da semana na casa da mãe – e, durante este período, não há qualquer contato entre os genitores para configurar a tomada de decisão conjunta, criando-se verdadeiras guardas unilaterais periódicas, ou seja, guarda alternada.

Ora, a guarda compartilhada não tem como norte a divisão da custódia física do filho, como se este pudesse ser repartido ao meio como se objeto fosse. Situação diferente verifica-se na guarda alternada, para a qual a divisão da custódia física é elementar. Ao que tudo indica, a presença de litígio e ausência de comunicação entre os pais corrobora para que a guarda compartilhada transforme-se em guarda alternada, pois cada genitor exercerá a função parental sem permitir a participação do outro.

Portanto, é necessário ter cautela com relação à guarda alternada. Não é de se excluir a possibilidade de nenhum tipo de guarda de imediato, ainda que ela não esteja prevista expressamente na legislação, dado que há autores que entendem haver casos excepcionais em que, porventura, o interesse do filho ficará resguardado com a definição da guarda alternada¹⁸². No entanto, não se pode perder de vista que a guarda alternada, dependendo da localidade das residências, poderá significar que, a cada ano, a criança tenha de trocar de escola, mudar de vizinhança, aprender novos hábitos culturais, novas regras, o que poderá ocasionar uma ruptura de estabilidade, cuja necessidade é primordial ao seu saudável

¹⁸¹ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.p. 91

¹⁸² “Uma das exceções em que se recomenda a guarda alternada é para as situações em que os pais residem em países diferentes, ou lugares cuja distância torna-se impedimento para a convivência cotidiana, e não há outra forma de garantir a convivência dos filhos com ambos os pais. A alternância, obviamente sempre atendendo ao princípio do melhor interesse dos crianças/adolescentes, na maioria dos casos faz-se a cada ano, compatibilizando-a com os ciclos escolares.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio já: teoria e prática**. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 68).

desenvolvimento, inclusive inviabilizando que, no futuro, ela tenha consciência do sentimento de continuidade, prejudicando os mais diversos aspectos de sua vida.

3.3 CONSIDERAÇÕES QUANTO À PREVISÃO JURÍDICA DA GUARDA COMPARTILHADA NO SISTEMA LEGAL BRASILEIRO

Em consonância ao princípio constitucional da igualdade entre homem e mulher, que impera nas regras do Direito de Família, o pleno exercício da autoridade parental compete a ambos os genitores, em igualdade de condições, não importando a situação conjugal. De acordo com o art. 1.632 do Código Civil de 2002,¹⁸³ as relações entre pais e filhos não se alteram com a separação, divórcio ou dissolução da união estável havida entre os genitores, senão no tocante ao direito dos pais de terem os filhos em sua companhia. Deste modo, caberá a ambos os genitores, em conjunto, a titularidade e o exercício da autoridade parental, que não se modifica com o rompimento conjugal, exceto no que tange ao que o legislador chamou de direito de companhia, que deve ser entendido como companhia permanente, porquanto a convivência familiar é direito fundamental da criança e do adolescente, que deve ser preservado.¹⁸⁴

Pode-se concluir que a relação conjugal – sua existência ou rompimento - não influi na titularidade da autoridade parental, e tampouco a definição da guarda do filho deveria restringir o seu amplo exercício. Assim, ainda que se conceda a guarda do filho unilateralmente a um dos genitores, o outro permanecerá detentor do direito de participar da vida do filho, tendo voz nas decisões e escolhas, assim como estará intacto o dever de assistir, educar e criar o filho, não se eximindo de suas responsabilidades. Isso porque, a partir das definições de autoridade parental e de

¹⁸³ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 10.04.2016.

¹⁸⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental.* In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões.** Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008. p.304-305

guarda, extrai-se que aquela representa com maior precisão a gama de direitos e deveres outorgados aos pais com relação à pessoa do filho:

Um diferenciador dos conceitos ora emboçados para a definição da autoridade parental é que esta se mede na tutela da pessoa, a qual não tem apenas escopo protetivo, mas, principalmente, promocional da personalidade. Por isso, abarca maior aglomerado de funções. Diferentemente do que é proposto pela maioria da doutrina, o poder-dever de proteção e provimento das necessidades sejam elas materiais ou espirituais, encontram abrigo muito mais na autoridade parental do que na guarda, pois ambos os pais tem a função promocional, em sentido amplo, da educação dos filhos, que envolve criação, orientação e acompanhamento, tais tarefas não incumbem apenas ao genitor guardião.¹⁸⁵

Destarte, a coparticipação dos genitores, a rigor, tem fundamento no exercício conjunto da autoridade parental, sem sofrer limitação pela adoção de um regime de guarda ou de outro - diferente situação ocorre nas legislações estrangeiras, das quais o legislador pátrio importou o instituto da guarda compartilhada.¹⁸⁶ Nesse contexto, Ana Carolina Brochado Teixeira assevera que a guarda compartilhada não teria necessidade jurídica em nosso ordenamento, bastando que fossem observadas e respeitadas as prerrogativas inerentes à autoridade parental, que, segundo a autora, é “a verdadeira detentora dos poderes e deveres de participação que os defensores da guarda compartilhada buscam efetivar”.¹⁸⁷ Pode-se afirmar que o legislador, ao disciplinar o modelo de guarda compartilhada no sistema jurídico brasileiro, acaba, de certo modo, por reescrever o instituto da autoridade parental,

¹⁸⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008. p. 307-308.

¹⁸⁶ “Ao analisar a disciplina da autoridade parental na França e na Itália, Gustavo Tepedino verifica que, nestes países, com a separação dos genitores, ela pode ser atribuída exclusivamente ao titular da guarda, o que faz aflorar o debate acerca da guarda compartilhada e alternada. Nas palavras do autor, “a rápida passada de olhos na disciplina da França (mesmo após a reforma de 2002, que mitigou o sistema anterior) e da Itália é suficiente a demonstrar a diferença fundamental do sistema brasileiro, em que, com a separação, a autoridade parental, em sua integridade, permanece sob a titularidade de ambos os genitores, independentemente de quem venha a receber a guarda dos filhos. Justifica-se, a partir daí, em grande parte, o debate travado naqueles países em torno da guarda compartilhada e da guarda alternada, como mecanismos de co-responsabilização do genitor, nas hipóteses em que este não tem o exercício da autoridade parental, na educação e no desenvolvimento da personalidade do filho”. (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.318).

¹⁸⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008. p. 305.

devendo-se atentar para que não se tenha o equivocado entendimento de que, somente por meio deste modelo, se estaria legitimando a coparticipação dos genitores.¹⁸⁸

Corroborando também aos questionamentos levantados a lição de Gustavo Tepedino. Ao reconhecer o valor ético de tornar ambos os pais corresponsáveis, rompendo com visões patrimonialistas do instituto da autoridade parental, o autor chama a atenção para a insuficiência de se assegurar a efetividade da corresponsabilidade apenas por meio da definição da guarda, que recebe referência legislativa incidental e envolve fatores comportamentais não regulados pelo Direito.¹⁸⁹ Não obstante, o autor reconhece a relevância do estudo da guarda compartilhada, vez que é necessário e complementar ao instituto da autoridade parental, ambos devendo ser utilizados como instrumentos integrados aos princípios constitucionais de tutela para o desenvolvimento da personalidade do filho.¹⁹⁰

Todavia, ainda que não se faça estritamente necessária a criação de um novo instrumento jurídico para viabilizar a divisão conjunta de responsabilidades parentais, é de ser admitida a dificuldade de, na prática, se respeitar efetivamente a coparticipação entre os genitores, notadamente em razão de enraizados conceitos que ainda permanecem, os quais elevam a guarda a um direito subjetivo e praticamente absoluto dos pais para com os filhos, por vezes relacionada ao papel da culpa, que outrora foi determinante para sua definição.¹⁹¹ Precisamente, no dia-a-dia das famílias de casais separados, ou ainda quando nem mesmo houve a formação de laço conjugal, existe uma real resistência, por parte do genitor-guardião, em permitir a aproximação do outro genitor, impedindo que exista uma efetiva participação conjunta, assim como um equilíbrio no direito de convivência.

¹⁸⁸ “Com o respeito que o legislador faz por merecer, a novel legislação [Lei nº 11.698/2008, que instituiu e disciplinou a guarda compartilhada] reescreveu o poder familiar, pois sempre foram os pais responsáveis, conjuntamente, pelos filhos, assim como sempre lhes foi permitido, por disposição legal, exercer os direitos e deveres com relação à prole, o que como é certo, só poderia se dar em conjunto para a tomada de decisão una.” (VIEIRA, Cláudia Stein; GUIMARÃES, Marília Pinho. *A guarda compartilhada tal como prevista na Lei 11.689/2008 – questões que o Direito brasileiro tem de enfrentar*. In: DELGADO, Mário. COLTRO, Mathias (coord). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 84).

¹⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.310-311.

¹⁹⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.321-322.

¹⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.309.

Tal circunstância acarreta severas sequelas ao filho, que pode romper laços importantes com o pai ou a mãe e, inclusive, ser vítima de alienação parental.

Diante deste cenário, em razão de, na prática, se observar uma desvalorização da autoridade parental, a guarda compartilhada acaba tornando-se reconhecida como ferramenta de indiscutível importância, haja vista que, na sua essência, tem como objetivo reafirmar, de certa forma, o papel e a amplitude da autoridade parental, sabidamente colocada em segundo plano. Portanto, mesmo que, por um lado, defenda-se que a guarda compartilhada não é, a rigor, necessária juridicamente no ordenamento brasileiro, por outro, deve ser celebrada a tentativa de concretização efetiva da coparticipação dos genitores.¹⁹² Justifica-se, assim, a consagração deste regime de guarda que, quando bem aplicado, sempre, em atenção aos superiores interesses da criança e do adolescente, proporcionará ao filho o desenvolvimento pleno de sua personalidade, mas sem que, em hipótese alguma, se pretenda limitar ou substituir o alcance da autoridade parental.

¹⁹²TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A **(des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental**. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). Manual de Direito das Famílias e das Sucessões. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008. p.308.

4 A GUARDA COMPARTILHADA: PONDERAÇÕES ACERCA DA LEI Nº 13.058 DE 2014

Neste capítulo, será aprofundado o tema da guarda compartilhada, partindo-se de uma breve explanação histórica acerca da sua aplicação no sistema jurídico brasileiro. Na sequência, serão abordadas as principais novidades introduzidas pela Lei nº 13.058 de 2014, apresentando-se um panorama geral e questionador acerca dos seus reflexos para o instituto, com a introdução de algumas de suas polêmicas e controversas, as quais devem ser analisadas levando-se em conta os princípios constitucionais norteadores da disciplina da proteção dos filhos. Por fim, será brevemente estudado o papel da mediação e da sua visão interdisciplinar ao Direito de Família como o principal método para se encontrar o diálogo necessário ao compartilhamento da guarda.

4.1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DA GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O Código Civil de 1916 disciplinava a guarda dos filhos nos arts. 325 a 329, que se operava em casos de morte de um dos cônjuges, anulação de casamento ou desquite. Segundo o art. 326 do diploma legal, “sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o conjugue inocente”. Era autorizado que o juiz regulasse de forma diversa, se existissem motivos relevantes, porém, do artigo citado, já de denota que o espírito da época era penalizar o cônjuge culpado pela separação. A Lei do Divórcio (Lei nº 6.515 de 1977), apesar de ter alterado pontualmente algumas questões, não foi suficiente para afastar o critério da culpa como definidora do guardião. Assim, explica Sílvio Rodrigues: “a questão da guarda dos filhos vinha relacionada ao comportamento dos cônjuges no casamento, de sorte quem como regra, ao inocente se resguardava esse direito [...]”. Este critério somente foi

superado a partir da Constituição Federal de 1988, por meio da leitura dos princípios constitucionais da igualdade entre homem e mulher e do melhor interesse do filho.¹⁹³

O Código Civil de 2002 passou a adotar como preceito de escolha da guarda o genitor que detivesse as melhores condições para exercê-la em prol do filho, de acordo com *caput* do revogado artigo 1.584¹⁹⁴. A guarda unilateral era a única prevista pelo legislador, a qual era concedida, na grande maioria das vezes, à mãe, muito em razão de fatos culturais e sociais. Não muito distante dos dias atuais, a mulher estava limitada ao ambiente doméstico – reflexo da historicamente consagrada característica de família patriarcal, em que unicamente o homem detinha autoridade e era responsável pelo sustento. Assim, de certo modo, o senso comum aceitou e propalou a ideia de que a mulher deteria melhores condições para cuidar dos filhos, o que repercutiu na expressiva supremacia de decisões concedendo a guarda unilateral materna.¹⁹⁵

Não obstante, o fato de as mulheres terem buscado novos espaços fora das restrições do lar e de os homens terem, por consequência, chamado para si maiores responsabilidades com as questões domésticas, aliado à maior sensibilidade com que foram tratadas as questões afetas aos interesses de crianças e adolescentes à luz da doutrina da prioridade absoluta da tutela de seus direitos, fizeram com que surgisse um amplo debate entre operadores do Direito e estudiosos de outras áreas, baseado em legislações estrangeiras, acerca da viabilidade da guarda compartilhada, até então sem previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um movimento importante para o Direito de Família, que fez aflorar o debate acerca da necessidade de se manter a corresponsabilidade dos pais com relação aos filhos, que se mostrava de pouca realidade prática em razão da inobservância às regras concernentes à autoridade parental para a regulação da questão.

A jurisprudência, num primeiro momento, mostrou-se cautelosa, mas foi de fundamental importância para inclusão definitiva deste novo modelo no regramento

¹⁹³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família**. v.6. 28ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 244-245.

¹⁹⁴ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “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.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 04.05.2016.

¹⁹⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Guarda compartilhada: novo regime da guarda de criança e adolescente à luz da Lei 11.698/2008*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 172-173.

civil. Isso porque, ainda que inicialmente algumas decisões tenham indeferido o pedido de guarda compartilhada, por impossibilidade jurídica¹⁹⁶, foram somando-se decisões que a autorizavam, utilizando como razão de decidir a necessidade de se manter uma saudável convivência entre filhos e pais separados, em busca do superior interesse dos filhos, a partir de uma leitura constitucional do tema. Pesquisas elaboradas por profissionais da área de psicologia e afins já vinham apontando para a importância da participação equilibrada do pai e da mãe na vida do filho: “essas relações devem ser preservadas para a garantia de que o adequado desenvolvimento fisiopsíquico das crianças ou adolescentes envolvidos venha a ocorrer”.¹⁹⁷

Nesse contexto, o Conselho de Justiça Federal, por meio de seu Centro de Estudos Judiciários – CEJ, já assinalava para a necessidade de se incentivar a guarda compartilhada, ao ser aprovado, já em 2006, o enunciado nº 335 da IV Jornada de Direito Civil, nos seguintes termos: “a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe multidisciplinar”.¹⁹⁸ Assim, não era de se surpreender que o legislador, em junho de 2008, viesse a editar os primeiros dispositivos legais acerca da guarda compartilhada, com a Lei nº. 11.698 de 2008, cuja iniciativa legislativa, por meio do Projeto de Lei nº 6.350 de 2002, já havia sido apresentada pelo então Deputado Federal Tiden Santiago, no período da *vacatio legis* do Código Civil de 2002, que havia deixado de lado a sua contemplação.¹⁹⁹ Como justificativa, asseverou o deputado, entre outros aspectos, que “a guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre pais e filhos no interior da família desunida, diminuindo os traumas do

¹⁹⁶ “A própria necessidade que as partes têm de discutir judicialmente a questão já demonstra, por si só, o grau de animosidade entre elas. E isso é suficiente para deixar claro que a guarda compartilhada não é o modelo ideal para o caso. De resto, a impossibilidade jurídica do pedido para fixar judicialmente a guarda compartilhada impõe a negativa de provimento ao recurso.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70007455926**, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 18 de dezembro de 2003).

¹⁹⁷ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Compartilhando a guarda no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e dignidade humana: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 597.

¹⁹⁸ BRASIL. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V : enunciados aprovados**. Coordenador Científico: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 54. Disponível em <www.cjf.jus.br/>. Acesso em: 15.05.2016.

¹⁹⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da *Guarda compartilhada: novo regime da guarda de criança e adolescente à luz da Lei 11.698/2008*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.p. 176.

distanciamento de um dos pais”.²⁰⁰ Igualmente, também houve participação do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que encaminhara anteprojeto à Câmara dos Deputados, aprovado em plenária do V Congresso Brasileiro de Direito de Família em 2005.²⁰¹

Com efeito, o grande marco da Lei nº 11.698 de 2008 foi instituir e disciplinar a guarda compartilhada, alterando o texto dos artigos 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406 de 2002 (Código Civil), muito embora possa se afirmar que, anteriormente à referida lei, a guarda compartilhada já era autorizada a partir dos princípios constitucionais, tais como o princípio da igualdade entre homem e mulher, da afetividade, da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente. Precisamente, com o advento da Lei nº 11.698 de 2008, afastou-se a exclusividade dispositiva da guarda unilateral, para se definir a guarda compartilhada como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”,²⁰² definição que se mantém atual no Código Civil. Com o advento da lei, não há uma modalidade que seja a regra e outra a exceção, pois, segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “ambas têm o mesmo *status* quanto à sua importância, devendo ser avaliada a situação concreta para a escolha acerca de qual dos dois modelos melhor se adéqua à hipótese”.²⁰³

A guarda compartilhada, embora tenha se tornado prioridade no ordenamento, dado que o Juiz deveria incentivá-la, sempre que possível, inclusive no ato da audiência, foi efetivamente pouco aplicada na prática, mesmo após o advento da lei específica. O magistrado, ao decretar a guarda compartilhada, deveria observar as necessidades específicas do filho, dispondo o art. 1.584, §1º, do Código Civil de 2002 que, quando não houvesse acordo entre os genitores, a guarda

²⁰⁰ BRASIL. **Projeto de Lei nº. 6.350 de 2012**. Diário Da Câmara dos Deputados. Brasília, 10 de abril de 2002. p. 14.793. Disponível em <www.camara.gov.br>. Acesso em 16.05.2016.

²⁰¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 176.

²⁰² BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “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 (Incluído pela Lei nº 11.698/2008)”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 15.05.2016.

²⁰³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Guarda compartilhada: novo regime da guarda de criança e adolescente à luz da Lei 11.698/2008*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.p. 180

compartilhada seria aplicada, sempre que possível.²⁰⁴ A expressão “sempre que possível”, acirrou o debate relativamente às condições que deveriam ser observadas para a escolha deste regime, servindo como justificativa para que se consolidasse o entendimento, pela maior parte da jurisprudência, de que ela somente seria viável em caso de consenso entre os genitores, ou seja, quando houvesse harmonia entre eles.²⁰⁵

Contudo, este posicionamento jurisprudencial foi objeto de significativas controversas e acirradas discussões perante a doutrina. Para bem elucidar a questão, cabe colacionar a assertiva de Rodrigo na Cunha Pereira, que defende a possibilidade de guarda compartilhada mesmo em não havendo diálogo harmônico entre genitores:

Os operadores do direito não se podem deixar levar pelo discurso fácil e cômodo de que um casal que não se entende não tem condições de exercer a guarda compartilhada. Ora, filhos de pais que mantêm o diálogo e se entendem bem nem precisam de regras e princípios sobre a guarda compartilhada, pois, naturalmente, compartilham o cotidiano dos filhos. A lei jurídica é exatamente para quem não consegue estabelecer um diálogo, ou seja, para aqueles que não se entendem sobre a guarda dos próprios filhos. Se se considerar que esta modalidade de guarda atinge somente os casais que se entendem, não haveria a necessidade da Lei nº 11.698/2011, e toda a luta das organizações que reivindicaram tal regra terá sido em vão.²⁰⁶

Por outro lado, há igualmente expressivo entendimento no sentido de que o litígio viria a inviabilizar a guarda compartilhada:

É certo, então, que para o casal adotar esse tipo de guarda e exercê-la de forma plena, como a lei almeja, em prol dos filhos menores, e em consonância com sua verdadeira essência, é imprescindível que os pais guardem entre si uma relação harmoniosa pelo menos com relação à filiação; caso contrário, sua aplicação poderá ser prejudicial à vida e à

²⁰⁴BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “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..” (Incluído pela Lei nº 11.698/2008). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 15.05.2016;

²⁰⁵ “Lembro, pois, que a chamada guarda compartilhada não é transformar o filho em objeto que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, no entanto, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. No caso em tela, onde o litígio é uma constante, a guarda compartilhada mostra-se totalmente descabida” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Civil nº 70031179252**, da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 28 de abril de 2010. Disponível em: <www.tjrs.gov.br>. Acesso em 17.05.2016.)

²⁰⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio já: teoria e prática**. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 66

formação do menor, que sofrerá mais intensamente com os conflitos diários dos pais. Se toda a criança tem o direito de conviver com ambos os genitores, direito este estabelecido em convenções nacionais e internacionais, da mesma forma tem direito de viver em ambiente tranquilo, sem *stress*, conflitos, medo e insegurança.²⁰⁷

O fato é que a aplicação da guarda compartilhada pelos Tribunais, mesmo com a Lei nº 11.698 de 2008, permaneceu tímida, fazendo com que a guarda unilateral continuasse sendo o modelo adotado na maior parte dos casos, que era predominantemente materna. É sabido que a maior parte das questões que chega ao judiciário envolve situações de conflito, em que, por si só, as partes não conseguem resolvê-las. Tal circunstância não é diferente no que tange aos processos de divórcio, sendo inclusive possível de se afirmar que esta questão se acentua por ele ser usado como ferramenta para vingança e retaliações entre o ex-casal. Assim, segundo pesquisa elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 17 de dezembro de 2012, o número de decisões deferindo a guarda compartilhada, de 2001 até a data da pesquisa, havia dobrado, mas ainda representava somente 5,4% das decisões. Ademais, restou evidente que as decisões continuavam privilegiando a mãe, que ficava como guardiã em 87,6% dos casos, enquanto a guarda paterna representava percentual de 5,3%.²⁰⁸

Com efeito, o que muito se observa com a definição da guarda unilateral é a situação em que a mãe fica como guardiã da criança, enquanto o pai resta limitado ao exercício de “visitas em finais de semana alternados” e ao poder de fiscalização. Não raras vezes, a guarda do filho é tratada como troféu pelo fim do relacionamento, não sendo difícil encontrar mães e pais que se apoderam dos filhos e os utilizam como arma de vingança. Ademais, de certo modo, apesar do inegável avanço no que tange à disciplina da guarda compartilhada, é de se considerar a existência de resistência, sobretudo por parte das mães, em permitir maior participação do pai.²⁰⁹

²⁰⁷ ANKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada – uma nova realidade para o direito brasileiro*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009 p. 47.

²⁰⁸ Disponível em <www.noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/12/17/ibge-guarda-compartilhada-de-filhos-dobra-em-2011-mas-ainda-representa-so-54-do-total.htm> Acesso em: 10.06.2016

²⁰⁹ “Existem muitos casos em que o genitor que tem a guarda do filho inventa sérios obstáculos, restringido e chegando até mesmo a impedir a visitação e a convivência do genitor não-guardião com o(a) filho(a) e outros familiares, como irmãos oriundos de novas uniões, tios, avós, primos. Em alguns casos de separação e divórcio, determinados pais nem pleiteiam a guarda por desconhecerem que o pai também tem esse direito, e a maioria ainda continua seguindo o antigo dispositivo do Código Civil de 1916 em que o pai é o provedor e a mãe é a que cuida dos filhos e da casa. Em muitos casos, os genitores visitantes, chamados também de “genitor descontinuo”, segundo a psicanalista francesa

Diante deste cenário, a polêmica acerca da guarda compartilhada restou em aberto, sobretudo no aspecto relativo à possibilidade ou não de sua aplicação em casos de litigiosidade entre os genitores, por ser este o principal argumento a afastá-la e também o mais intrigante. A jurisprudência majoritária restou confrontada pelo voto paradigmático proferido pela Ministra Nancy Andrighi, em setembro de 2011, no julgamento do Recurso Especial nº 1.251.000/MG, em que se posicionou claramente no sentido de que a guarda compartilhada, inclusive na presença de litígio, seria a melhor forma de tutelar os interesses dos filhos, o que restou reafirmado em junho de 2014, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.428.596/RS:

[...] 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. A conclusão de inviabilidade da guarda compartilhada por ausência de consenso faz prevalecer o exercício de uma potestade inexistente. E diz-se inexistente, porque, como afirmado antes, o Poder Familiar existe para a proteção da prole, e pelos interesses dessa é exercido, não podendo, assim, ser usado para contrariar esses mesmos interesses. Na verdade, exigir-se consenso para a guarda compartilhada dá foco distorcido à problemática, pois se centra na existência de litígio e se ignora a busca do melhor interesse do menor. Para a litigiosidade entre os pais, é preciso se buscar soluções. Novas soluções – porque novo o problema –, desde que não inviabilizem o instituto da guarda compartilhada, nem deem a um dos genitores – normalmente à mãe, in casu, ao pai – poderes de vetar a realização do melhor interesse do menor.²¹⁰

Deste modo, justamente para romper com o paradigma do consenso como pressuposto para a guarda compartilhada, e considerando a sua limitada aplicação mesmo depois de editada a primeira lei a respeito, foi aprovado e sancionado o Projeto de Lei nº 117 de 2013, culminando na chamada “Nova Lei da Guarda Compartilhada”, Lei nº 13.058 de 2014, que alterou dispositivos do Código Civil de 2002 acerca do instituto. A partir de então, tem-se importantes modificações na aplicação da guarda compartilhada, dentre elas a sua imposição como regra geral, a observância da “divisão equilibrada” do tempo de convívio do filho com os pais e a

Françoise Dolto, desistem de insistir lutando na justiça para ver seu(s) filho(s), terminando por abandoná-los.” (DUARTE, Lenita Pacheco Lemos Duarte. **A guarda dos filhos na família em litígio: uma interlocução da psicanálise com o direito.** 4ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 10-11).

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1251000/MG**, da Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 23.04.2016

autorização de prestação de contas referentes aos alimentos, bem como algumas pontuais alterações no que tange ao exercício da autoridade parental.

4.2 SÍNTESE DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 13.058 DE 2014

A 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.²¹¹ O objetivo do legislador foi justamente dar maior uso ao compartilhamento da guarda. A questão mais relevante introduzida pela Lei nº 13.058 de 2014 é a obrigatoriedade da imposição judicial da guarda compartilhada, mesmo diante da litigiosidade e da ausência de acordo entre os genitores, sendo este o ponto de partida para o estudo da sua nova disciplina. Nesse sentido, o art. 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002, com redação dada pela anterior Lei nº 11.698 de 2008²¹² - que previa a aplicação da guarda compartilhada sempre que possível - passou a vigor com a seguinte redação:

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, 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.

Logo, a guarda compartilhada, pela literalidade da lei, passou a ser regra, imposta ainda que inexistente o acordo, salvo se um dos genitores expressamente declarar que não deseja exercer a guarda ou quando não ele estiver apto ao exercício da autoridade parental (casos de suspensão e destituição). Evidentemente, pois, que um dos principais objetivos da “Nova Lei da Guarda Compartilhada” é

²¹¹ BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. 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). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em 12.06.2016.

²¹² BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “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.” (Incluído pela Lei nº 11.698/2008). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 15.05.2016;

provocar o judiciário no sentido de rever o posicionamento antes firmado, segundo o qual a guarda compartilhada somente poderia ser exercida com o consenso do pai e da mãe.

Ademais, a “Nova Lei da Guarda Compartilhada” retirou do texto legal a anterior disposição acerca dos critérios a serem observados para estabelecimento da guarda unilateral, que estavam previstos no artigo 1.583, §2º e seus incisos, substituindo-a pela nova redação que trata somente do tema da guarda compartilhada, não mais existindo qualquer correspondência no Código Civil, depois da vigência da Lei nº 13.058 de 2014, no tocante aos critérios definidores do genitor guardião na guarda unilateral. Doravante, o art. 1.583, §2º, do Código Civil passa a estabelecer que o tempo de convívio do filho com a mãe e o pai será “dividido de forma equilibrada”:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 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:

Por sua vez, passou a dispor o §3º do art. 1.583 que “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”. Disto extrai-se que, segundo a nova disposição, morando os genitores em cidades diversas, não há impossibilidade à guarda, sendo que a criança deverá ter uma “base de moradia”.

Ressalta-se também a novidade introduzida com relação à possibilidade de prestação de contas que, a partir de então, restou autorizada pelo legislador. Assim, o pai ou a mãe poderá solicitar a prestação de contas relativas a assuntos que envolvam o filho, inclusive no que se refere aos alimentos, por força do §5º do art. 1.583, nos seguintes termos:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.[...] § 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.

De acordo com o art. 1.584, §3º, com redação dada pela Lei nº 13.058 de 2014, para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o Juiz poderá se valer em orientação de técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.²¹³ Quanto ao §4º do art. 1.583, este sofreu alteração somente para afastar a sanção de redução “quanto ao número de horas de convivência com o filho”, em razão de descumprimento de acordo de guarda, o que anteriormente era previsto.²¹⁴

Por sua vez, o §5º, do art. 1.583, manteve a autorização para que o juiz, verificando a impossibilidade de o filho permanecer com o pai ou a mãe, defira 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.²¹⁵ Além disso, houve a inclusão do §6º do art. 1.584, que dispõe acerca da obrigação dos estabelecimentos públicos ou privados em prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos, prevendo a cominação de multa diária pelo descumprimento da solicitação, de R\$ 200,00 a R\$ 500,00.²¹⁶

Já o art. 1.585, também com nova redação dada pela Lei nº 13.058 de 2014, estabelece que, em sede de medida liminar ou cautelar a respeito de guarda, mesmo que provisória, deverá preferencialmente se ouvir ambas as partes antes de proferida a decisão, exceto se a proteção dos interesses da criança ou adolescente

²¹³ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] §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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 15.05.2016.

²¹⁴ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] § 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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 15.05.2016.

²¹⁵ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “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 a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 15.05.2016.

²¹⁶ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: [...] §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. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 15.05.2016.

exigir a concessão liminar, caso em que se aplicam as disposições do art. 1.584 do Código Civil.²¹⁷

Com relação à autoridade parental, o art. 1.634 do Código Civil de 2002 sofreu alteração no seu *caput*, para expressamente consignar que a ambos os pais compete o seu pleno exercício, qualquer que seja a situação conjugal, bem como foram modificados alguns dos seus incisos. Segundo a nova redação dada ao inciso II, caberá a ambos os genitores o exercício da guarda unilateral ou compartilhada. Por sua vez, os incisos IV e V determinaram a necessidade de haver consentimento de ambos os genitores para o filho viajar ao exterior ou mudar sua residência permanente para outro Município. No mais, o inciso VII passou outorgar a ambos os pais a capacidade para representar e assistir os filhos, judicial ou extrajudicialmente.²¹⁸

Verifica-se, pois, que foram significativas as mudanças introduzidas ao instituto da guarda compartilhada com o advento da Lei n.º 13.058 de 2014. Ainda não se sabe ao certo a totalidade do alcance destas alterações, tampouco quais serão efetivamente suas implicações na sociedade. O fato é que a intenção do legislador fora a de dar maior aplicação à guarda compartilhada, impondo aos operadores do Direito que se debrucem sobre esta questão. Aparentemente,

²¹⁷ BRASIL. Lei n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “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. (Redação dada pela Lei n.º 13.058, de 2014)”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 15.05.2016.

²¹⁸ BRASIL. Lei n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “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: (Redação dada pela Lei n.º 13.058, de 2014) I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei n.º 13.058, de 2014) II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei n.º 13.058, de 2014) III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei n.º 13.058, de 2014) IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei n.º 13.058, de 2014) V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei n.º 13.058, de 2014) 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; (Redação dada pela Lei n.º 13.058, de 2014) VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei n.º 13.058, de 2014) VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei n.º 13.058, de 2014) IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei n.º 13.058, de 2014)”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 15.05.2016.

algumas repercussões já podem ser observadas em decisões mais inclinadas à guarda compartilhada.²¹⁹

Não obstante, relevantes aspectos da “Nova Lei da Guarda Compartilhada” estão sendo alvos de críticas por parte da doutrina e da jurisprudência, que apresentam argumentos relevantes e pertinentes, os quais colocam em dúvida se certas novidades introduzidas e seus reflexos realmente representam a melhor escolha frente aos superiores interesses da criança e do adolescente. Por esta razão, serão abordados, sob a ótica dos princípios constitucionais, alguns pontos de polêmica em torno da Lei nº 13.058 de 2014 – a imposição da guarda compartilhada como regra e sua eficácia, a questão da “divisão equilibrada” do tempo de convivência dos filhos com os pais, os alimentos na guarda compartilhada e a possibilidade de prestação de contas.

4.3 QUESTIONAMENTOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Devem ser conformados os institutos do Direito de Família aos princípios constitucionais que norteiam a atual perspectiva das famílias plurais e solidárias. No

²¹⁹ “[...] devo registrar que recentemente, mais especificamente no dia 23 de dezembro de 2014, foi publicada a Lei nº 13.058/2014, que altera os dispositivos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 todos do Código Civil, tornando a guarda compartilhada dos filhos regra em todos os casos, ainda que não haja acordo entre os pais, salvo a existência de motivo excepcional que a impeça. [...] verifico que os genitores moram na mesma cidade (São Luis/MA) e no mesmo bairro (Cidade Operária), fato que, ao menos em termos de deslocamento, não gerará maiores impactos na rotina das crianças, que poderão frequentar, independentemente de quem esteja exercendo a custódia física em determinado momento, a mesma escola, tendo as mesmas referências sociais e, o mais relevante, recebendo carinho e atenção de ambos os genitores. [...] Desse modo, contrariamente aos fundamentos expostos na sentença atacada, mostra-se a guarda compartilhada como único meio satisfatório à convivência estreita das crianças com seus pais.” (MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 58917/2014**, da Segunda Câmara Cível. Relator: Des. José de Ribamar Castro. São Luis, 10 de março de 2015. Disponível em: <www.tjma.jus.br>. Acesso em: 25.05.2016). “Até pouco tempo atrás, havia um papel a ser exercido pelo homem e outro pela mulher, incumbindo a ela o dever de zelar pelo cuidado diuturno dos filhos, e a ele a manutenção e sustento do lar. Dessarte, em caso de separação, a guarda dos filhos era inexoravelmente atribuída à mãe, real detentora do saber de “ser mãe”. Ocorre que, relevada a dinâmica social, não mais subsiste a divisão de papéis, masculino e feminino, em âmbito familiar, desenvolvendo pai e mãe o mesmo vínculo de afeto e cuidado com os filhos. O relacionamento familiar como um todo, assim, encontra-se fulcrado na igualdade - homem e mulher exercem igualmente os direitos e deveres na sociedade civil e no âmbito conjugal. Deste modo, mesmo após extinta a relação conjugal, considerada a estrutura familiar atual, mesmo existindo conflito entre os pais é de ser estabelecida a guarda compartilhada dos filhos em respeito ao melhor interesse dos menores” (SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2015.020844-4**, da Sexta Câmara de Direito Civil. Relatora: Des. Denise Volpato. Florianópolis, 07 de julho de 2015. Disponível em <www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 25.05.2016.)

que se refere à disciplina da proteção dos filhos, igualmente é imperiosa a sua leitura a partir de uma ótica civil-constitucional. Com relação à guarda dos filhos, a sua evolução no ordenamento foi repercussão, dentre outros fatores, da valorização das relações afetivas, do princípio da igualdade entre homem e mulher, do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente à luz da doutrina da prioridade absoluta dos direitos da população infanto-juvenil, bem como do princípio da paternidade e maternidade responsáveis.

A convergência desta nova linha de princípios constitucionais, basilares ao estudo dos institutos da proteção dos filhos, fez consolidar a igualdade dos genitores no que tange às responsabilidades parentais, assim como a preferência pelo modelo da guarda compartilhada. Com o advento da Lei nº 13.058 de 2014, que certamente apresenta um aspecto educativo aos genitores, procurou o legislador dar maior aplicabilidade à guarda compartilhada, o que é notável. Entretanto, algumas das suas opções são questionadas, precisamente se estariam em conformidade aos princípios constitucionais e, sobretudo, em observância ao melhor interesse da criança e do adolescente.

4.3.1 Guarda compartilhada obrigatória: eficácia da imposição judicial

A Lei n. 13.058 de 2014, na sua literalidade, obriga ao magistrado a imposição da guarda compartilhada em todas as situações que se apresentarem, exceto em duas ocasiões especiais: a) quando um dos genitores expressamente manifestar que não quer exercer a guarda do filho; b) quando um dos genitores não se encontrar apto ao exercício do poder familiar, ou seja, quando for suspenso ou destituído do poder familiar. Nesse contexto, observando-se apenas o texto do art. 1.584, §2º, do Código Civil de 2002, somente quando presente uma das exceções delineadas é que o Juiz poderá afastar a aplicação da guarda compartilhada, sendo, em todos os demais casos, obrigatória a sua imposição judicial, aceitando os pais ou não, qualquer que seja a dinâmica do ex-casal.

Ao que parece, a rigidez da Lei nº 13.058 de 2014 pode não representar a opção mais acertada frente ao princípio do melhor interesse da criança e do

adolescente, esculpido no art. 227 da Constituição Federal de 1988.²²⁰ Ora, será que todas as famílias, independentemente de suas particularidades, estarão aptas ao exercício da guarda compartilhada? Qual a eficácia da imposição da guarda compartilhada a uma família não funcional, em que os genitores não dialogam, mas deverão decidir conjuntamente, a partir de então, acerca do cotidiano da criança? Até que ponto, sob a justificativa de igualar os papéis do homem e da mulher nas relações parentais, pode ser imposto um modelo de compartilhamento perante uma lide familiar marcada pelos desentendimentos e litígios? Qual será o reflexo desta imposição à criança?

Dentre os argumentos que sustentam que o dissenso entre os pais não impede a possibilidade do compartilhamento de guarda, pode-se citar, a título exemplificativo, os seguintes: é “imperiosa a distinção entre o papel conjugal e o papel parental”, este modelo reduz o sentimento de ter sido escolhido um vencedor na disputa pela guarda, para o qual o filho é um troféu, tendo em vista que é comum a prática “na qual um dos litigantes insiste nos desentendimentos, para a obtenção da guarda unilateral, praticando, inclusive, atos de alienação parental”, “condicionar a guarda a guarda compartilhada ao acordo é (poderia), no mínimo, estimular o conflito” e “a guarda única também é imposta para o casal que não apresenta uma atitude de consenso, sua imposição também gera conflitos”.²²¹

Nesse sentido, também é de ser destacada a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Efetivamente, a dificuldade de diálogo entre os cônjuges separados, em regra, é consequência natural dos desentendimentos que levaram ao rompimento do vínculo matrimonial. Esse fato, por si só, não justifica a supressão do direito de guarda de um dos genitores, até porque, se assim fosse, a regra seria guarda unilateral, não a compartilhada. (...) Os motivos aptos a justificar a supressão da guarda de um dos genitores devem ser graves o suficiente para comprometer o convívio saudável com os filhos,

²²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Brasília (DF), 05 de outubro de 1988.”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.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02.02.2015

²²¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 80-84.

tais como ameaça de morte, agressão física, assédio sexual, uso de drogas, etc.²²²

Por óbvio, que situações como “ameaça de morte, agressão física, assédio sexual, uso de drogas”, referidas no trecho do acórdão citado, impedem, sem qualquer sombra de dúvida, o exercício não só da guarda compartilhada, mas também podem justificar até mesmo a destituição da autoridade parental, se, dependendo do caso, resultarem em prejuízos ao filho.²²³ O fato a ser sinalado é que, com respeito ao entendimento contrário, embora esteja consolidado que a guarda compartilhada é o ideal a ser buscado, pois permite que o filho esteja mais próximo de ambos os genitores, é sobremaneira duvidoso o seu sucesso quando os pais não conseguem dialogar a respeito que questões básicas relativas à organização do dia-a-dia do filho. Isso porque, guarda compartilhada irá exigir dos pais que façam concessões mútuas e tenham sabedoria para superar os próprios egoísmos em prol do outro, sem sobreposição de interesses, aceitando a opinião do ex-companheiro e fazendo combinações diárias a respeito do filho.²²⁴

Por esta razão, surge a pergunta: é por meio de uma sentença judicial que tais genitores alcançarão a necessária maturidade e superarão as disputas pessoais? As questões familiares são marcadas especialmente por fatores emocionais e afetivos, fora do alcance, muitas vezes, de um mero dispositivo sentencial. Nesse contexto, as verdadeiras soluções às problemáticas familiares não são obtidas por meio de uma imposição: “normas cogentes produzem efeitos nulos em terreno dominado pelo sentimento e pelo afeto, como ocorre no Direito de Família”.²²⁵ Assim como em qualquer campo que é movido pelas paixões e

²²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1560594/RS**, da Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 23 de fevereiro de 2016. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 23.05.2016.

²²³ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “ 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.” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 15.05.2016.

²²⁴ ZAMARIOLA, Aldrin Tebul Sanches; CAMARGO, Daniela Romano Tavares. OLIVEIRA, Glauber Vinícius Vieira de. **Análise da obrigatoriedade da guarda compartilhada e as repercussões nas famílias brasileiras: a Lei nº. 13.058/2014.** In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; DELGADO, Mário Luiz (coords.). Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. v.4. jan/fev. p.22-44. 2015. Porto Alegre: Magister, 2014. p. 43.

²²⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários à Lei nº 13.058, de 22/12/2014 (dita, nova Lei da Guarda Compartilhada).** p. 08. Disponível em: <www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_11/artigo_eduardo.pdf>. Acesso em: 01.06.2016.

emoções, é necessário, no âmbito dos litígios familiares, para que se superem os desacordos, trabalhar as origens do conflito por meio de outras ferramentas mais condescendentes, dentre as quais se destacam a psicologia, a terapia e a mediação, sob pena de poder se tornar inócua qualquer medida autoritária.

Deve-se ter muito mais cautela quando o conflito envolve a vida de uma pessoa em desenvolvimento, incapaz de ter o total alcance da situação, estando à mercê das escolhas que tomam por si. Entender que impor a guarda compartilhada, independentemente de uma análise da real disposição dos genitores em verdadeiramente dialogar e superar os próprios conflitos para, em comunhão de esforços, propiciarem ao filho o ambiente saudável ao seu crescimento, significa tratar levemente uma questão que envolve, além de aspectos emocionais e afetivos, aspectos práticos do dia-a-dia da vida deste filho, que poderão ficar comprometidos em razão da discordância dos seus genitores. Estes aspectos devem ser levados em consideração com a devida importância, porquanto uma sentença judicial não poderá esgotar todos os ajustes de convivência e organizar toda a rotina da criança, de modo que os genitores serão obrigados a tratar destes arranjos, mesmo que em discórdia, podendo prejudicar o filho.²²⁶

Deste modo, as sentenças que tão somente decidirem pela guarda compartilhada, de maneira impositiva a uma família não funcional, sem viabilizarem outros caminhos para a abertura do diálogo, podem até dar uma solução idealista ao caso, mas na prática estarão colocando um “fim ao processo”, demonstrando ausência de maiores preocupações com a eficácia da solução dada e suas consequências à criança:

A aplicação pura e simples da guarda compartilhada, a ambos os genitores, se não houver inequívoca intenção das partes em “vivenciar” esta realidade, revela-se uma “solução parcial” e “meramente formal” que, certamente, não vai solucionar o tumulto e a beligerância nas quais vivem os genitores imaturos e revanchistas. Mas o papel da Justiça – ressalta-se – não é este. Não é só julgar (projetando o litígio para o futuro) mas solucionar a dúvida e o impasse nos quais vive o casal. Logo, a mera aplicação da guarda compartilhada, pode até encerrar o processo (por meio de uma decisão

²²⁶ “[...] não apenas o bom relacionamento entre os pais como também outras peculiaridades, por exemplo, a indicação, ou não, de se manter a rotina dos infantes, devem ser consideradas, analisando-se caso a caso, sob pena de se cometer sérios – e talvez irreparáveis – equívocos em tema de tamanha importância.” (ZAMARIOLA, Aldrin Tebul Sanches; CAMARGO, Daniela Romano Tavares. OLIVEIRA, Glauber Vinícius Vieira de. **Análise da obrigatoriedade da guarda compartilhada e as repercussões nas famílias brasileiras: a Lei nº. 13.058/2014**. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; DELGADO, Mário Luiz (coords.). Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. v.4. jan/fev. p.22-44. 2015. Porto Alegre: Magister, 2014. p. 42.)

fachada) mas, por certo, não estará solucionando o litígio, com manifesto e inadmissível ônus para a parte mais fragilizada: os filhos.²²⁷

Destarte, é de todo modo incoerente que o texto da Lei nº 13.058 de 2014, na ânsia de dar maior aplicabilidade à guarda compartilhada, sem dar oportunidade ao consenso e ao diálogo, determina a aplicação, via imposição judicial, de um modelo que deve ser justamente marcado pelo consenso e pelo diálogo.²²⁸ Pode até ser verdade que a guarda compartilhada, em números, será mais aplicada com a vigência da lei, mas seguramente à sua efetividade não corresponderá igual número. A obrigatoriedade da guarda compartilhada, no litígio, além de colocar a criança no centro de desavenças, causando-lhe sérios prejuízos, também poderá incitar o conflito e trazer ainda mais desarmonia.

Se o julgador estiver fadado à aplicação obrigatória da guarda compartilhada, conforme o texto da nova lei, sem uma visão mais ampla da disciplina da proteção dos filhos no contexto do sistema jurídico brasileiro, bem como sem uma perspectiva mais dinâmica das questões atinentes às relações familiares, com a utilização de mecanismos mais eficientes para superar o conflito familiar, possivelmente estará dando uma solução que, em determinados casos, irá contrariar o princípio do superior interesse do filho e não alcançara a tão sonhada corresponsabilidade. Isso porque, o tema envolve mais aspectos psicológicos do que jurídicos, que são inalcançáveis tão somente com uma mera sentença ou diploma legal.

Sendo assim, para vencer a limitação da Lei nº 13.058 de 2014, deve o magistrado valer-se de uma leitura constitucional, com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de hierarquia superior ao texto da referida lei, para em interpretação conformativa afastar a aplicação da guarda compartilhada, em razão das peculiaridades de cada lide familiar, se verificar que a modalidade representa prejuízos ao sujeito que deve ser tutelado com absoluta prioridade - o filho. Nesse sentido:

²²⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários à Lei nº 13.058, de 22/12/2014 (dita, nova Lei da Guarda Compartilhada).** p. 08. Disponível em: <www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_11/artigo_eduardo.pdf>. Acesso em: 01.06.2016.

²²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários à Lei nº 13.058, de 22/12/2014 (dita, nova Lei da Guarda Compartilhada).** p. 10. Disponível em: <www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_11/artigo_eduardo.pdf>. Acesso em: 01.06.2016.

A Lei 13.058/2014 afasta a imperatividade da guarda compartilhada apenas (a) se um dos genitores expressamente declarar que não a deseja, ou (b) se ficar evidenciado que um dos genitores não tem absolutamente nenhuma condição de exercer a guarda. Só nessas duas hipóteses é que o julgador poderá deixar de aplicar a guarda compartilhada. No entanto, parece ter o legislador esquecido de referir uma terceira hipótese, que é justamente a do art. 227, que diz respeito ao melhor interesse da criança. Por isso, parece-me que essa lei precisa de uma interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, mas que a complemente com o princípio maior, que tem hierarquia constitucional. A guarda compartilhada, na prática, tem se mostrado de difícil sucesso. Seu êxito – de prognóstico muito reservado – somente pode ter alguma chance de viabilidade quando resulta de consenso entre o par, jamais podendo ser imposto pelo Poder Judiciário. Se o for, estará certamente fadado ao insucesso.²²⁹

Em que pese louvável a intenção do legislador de ampliar a aplicação da guarda compartilhada e de tratá-la como de caráter educativo aos genitores e aos operadores do Direito, determinar a sua obrigatoriedade, sem a observância das características específicas de cada família, de forma simplista, abre espaço para o desrespeito ao princípio constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente, devendo ser afastada a sua imposição quando houver indícios da incapacidade dos genitores em vivenciar verdadeiramente a cooperação, essencial ao compartilhamento. Caso contrário, colocam-se os interesses dos genitores em foco, que querem estar a qualquer custo na companhia do filho, sem observar o que realmente representa o melhor ajuste às necessidades do filho e à dinâmica familiar em questão.

Dito isto, deve-se ter em mente que é de suma importância e também requisito para a definição da guarda compartilhada a realização de estudos e laudos sociais, por meio de profissionais especializados, que sirvam de subsídio para a averiguação da respectiva situação familiar e da possibilidade de os genitores pensarem além dos próprios conflitos. Nada obsta que, a partir de estudos sociais e avaliações psicológicas realizadas no curso do processo, se obtenha informação técnica suficiente no sentido de que, embora presentes questões mal resolvidas pelo casal, ambos conseguem manter o diálogo mínimo e necessário à viabilidade da guarda compartilhada, sendo possível o seu exercício conjunto de forma responsável pelos genitores, que conseguem superar as dificuldades pessoais em prol dos filhos. Nestes casos, deve ser preservado o direito do filho de manter

²²⁹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70064621253**, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 25 de junho de 2015. Disponível em <www.tj.rs.jus.br> Acesso em 16.05.2016.

intactos ambos os referencias e a rotina que já vivia antes da separação, o que se dá mediante a guarda compartilhada.²³⁰

Ressalta-se, pois, que não existe um modelo familiar predefinido como sendo o correto, do mesmo modo que não deve existir um modelo de guarda tido como regra para todos os perfis familiares. O que deve ser observado é que, para cada dinâmica de família, poderá haver uma modalidade de guarda que se mostre mais prudente à rotina da criança e aos cuidados que reclama, cuja averiguação se dará com o auxílio de estudos e laudos técnicos, salientando-se, também, que não é uma ou outra forma de guarda que, a rigor, tem o condão de limitar a titularidade e o exercício das prerrogativas e deveres inerentes à autoridade parental, circunstância que deve ser respeitada por ambos os genitores. Nesse sentido:

Registro ainda que, em que pese o disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14), penso não ser possível, na hipótese dos autos, o acolhimento do pedido subsidiário, de estabelecimento da guarda compartilhada, considerando que durante a instrução processual nenhum dado informativo e nenhuma prova técnica (estudo social ou psicológico) foi produzida a esse respeito, não tendo sequer sido investigada a aptidão do genitor para o exercício do encargo (o que é requisito), não se tendo, ademais, segurança alguma de que este arranjo atenderia adequadamente aos superiores interesses da infante. Anoto que, tendo ou não tendo a guarda, o genitor, como detentor do poder parental, tem direito – e dever – de repartir as decisões sobre a vida dos filhos, não possuindo o genitor guardião mais poder do que o genitor não-guardião, porque são inconfundíveis os atributos da guarda e os atributos que dizem respeito ao poder parental, impondo-se aos pais que compreendam que nenhum é mais importante ou detém mais poderes do que o outro, devendo haver concessões, respeito mútuo e, acima de tudo, atenção aos interesses dos filhos, que devem se sobrepor aos seus.²³¹

Resultado interessante neste ponto pode ser obtido a partir da análise de discurso dos dados da pesquisa jurisprudencial. Foi realizada pesquisa qualitativa nas decisões disponíveis via internet no Tribunal de Justiça do Rio

²³⁰ “É possível que o ex casal litigue ferozmente acerca da partilha do patrimônio comum, mas em relação os filhos se entendam. Portanto, cada caso será um caso. No caso sob julgamento, não há propriamente atritos entre as partes quanto à orientação dos filhos, de forma a tornar inviável o diálogo. As queixas são parcas e não graves. Só precisam exercitar um pouco mais a compreensão mútua e o bom senso. Nada mais do que isto. Em assim o fazendo, verão o quão será mais agradável a convivência, porque se tornará pacífica e servirá de exemplo para as filhas, mormente no estabelecimento das suas relações futuras de afetividade.” (RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 0335652-22.2008.8.19.0001**, da Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Rodrigues Cardozo. Rio de Janeiro, 27 de março de 2012. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 20.02.2016).

²³¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº.70066694621**, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 12 de novembro de 2015. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 17.05.2016.

Grande do Sul com os verbetes <guarda compartilhada> e <litígio>. Foram encontradas 49 decisões que atendem estes quesitos, na data de 16.06.2016.

Ao todo, verificou-se que enfrentaram o tema do litígio entre os pais 44 (89,8%) das decisões e, deste montante, 34 (77,3%) das decisões foram no sentido de descabimento da guarda compartilhada na presença de litígio entre os genitores, e 10 (22,7%) das decisões foram no sentido de cabimento da guarda compartilhada mesmo na presença de litígio. Como metodologia, utilizou-se o censo, que permitiu análise de todas as amostras disponíveis. Observa-se que das 44 decisões, 23 (52,3%) foram proferidas antes da Lei nº 13.058 de 2014, sendo que 22 (95,65%) das decisões posicionaram-se pelo descabimento da guarda compartilhada em caso de litígio, e apenas 01 (4,35%) decisão posicionou-se no sentido de ser cabível o compartilhamento em caso de litígio. Por outro lado, destas 44 decisões, 21 (47,7%) foram proferidas depois do advento da Lei nº 13.058 de 2014, sendo que, deste número, 12 (57,1%) decisões entenderam ser descabido o compartilhamento em caso de litígio, e 09 (42,8%) decisões entenderam cabível o compartilhamento em caso de litígio.

Desta forma, é possível chegar à interessante conclusão de que, apesar da maior parte das decisões posicionarem-se no sentido de ser incabível a guarda compartilhada em caso de litígio entre os genitores, vem ganhando significativa força a possibilidade de concessão da guarda compartilhada mesmo na presença do litígio, com o advento da Lei nº 13.058 de 2014. Este cenário pode ser preocupante, uma vez que não se sabe ao certo as implicações da guarda compartilhada a uma situação familiar marcada pelas desavenças, bem como se ela irá ser exercida verdadeiramente na prática ou não. Caberá ao julgador que pondere as questões colocadas e quiçá, com a evolução do instituto e com a realização de estudos pontuais acerca destes casos, poderá se chegar à resposta a um dos grandes dilemas da guarda compartilhada.

De todo o modo, é imperioso que se estude caso a caso, a fim de se encontrar a alternativa que esteja mais adequada à estrutura vivenciada pela família, visando sempre à proteção da criança e do adolescente em primeiro plano. Por esta razão, questiona-se se acertou o legislador reformador, ao determinar, na literalidade da Lei nº. 13.058 de 2014, a obrigatoriedade da imposição da guarda compartilhada como regra a todas as situações, independente de uma análise mais acurada da intenção e da capacidade dos genitores em efetivamente superar os

próprios desentendimentos em benefício do filho, buscando um diálogo mínimo, saudável e essencial ao exercício conjunto da guarda. Portanto, na atividade interpretativa da Lei nº 13.058 de 2014, deverá o operador do Direito compatibilizar a sua aplicação aos princípios constitucionais, em especial ao melhor interesse da criança e do adolescente.

4.3.2 Guarda compartilhada ou guarda alternada?

A Lei nº 13.058 de 2014 também modificou a redação do §2º do art. 1.583 do Código Civil de 2002, que 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”.²³² No entanto, esta não era a proposta inicial do Projeto de Lei nº 117 de 2013: em vez de “tempo de convívio”, falava em “tempo de custódia física”, estabelecendo que “na guarda compartilhada, o tempo de custódia física dos filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre a mãe e o pai (...)”. Disto pode-se concluir que a intenção do legislador se aproximava mais da guarda alternada do que da guarda compartilhada, haja vista que é justamente a primeira modalidade que tem, na sua essência, a preocupação com a divisão da custódia física da criança, não sendo este o objetivo da guarda compartilhada.

Ocorre que, apesar de o texto inicial ter sido revisto, não se desfez a primeira impressão de que uma das prioridades da Lei nº. 13.058 de 2014 diz com uma dita divisão de convívio equilibrado, que não restou bem definido²³³. Conforme assevera Denise Damo Comel, a nova regra traz consigo a ideia de que “a guarda

²³² BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. [...] § 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. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)” Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 15.05.2016.

²³³ “Embora não haja mais a menção à custódia física, a simples disposição acerca da divisão de forma equilibrada do tempo de convívio significa o regramento de algo que seria mero desdobramento de exercício do aspecto jurídico da guarda compartilhada, este sim essencial.” (ZAMARIOLA, Aldrin Tebul Sanches; CAMARGO, Daniela Romano Tavares. OLIVEIRA, Glauber Vinícius Vieira de. **Análise da obrigatoriedade da guarda compartilhada e as repercussões nas famílias brasileiras: a Lei nº. 13.058/2014.** In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; DELGADO, Mário Luiz (coords.). Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. v.4. jan/fev. p.22-44. 2015. Porto Alegre: Magister, 2014. p. 36.)

compartilhada deve implicar, necessariamente, uma divisão do tempo do filho com os pais, ou seja, uma partilha e dias e horários da existência do filho”.²³⁴ Deste modo, ao manter a utilização da expressão “tempo dividido de forma equilibrada”, o legislador parece estar tratando da guarda alternada e não da guarda compartilhada.²³⁵ Tanto é assim que Flávio Tartuce, em recente estudo acerca do tema, indaga-se: “seria uma lei sobre guarda compartilhada obrigatória ou uma lei sobre guarda alternada obrigatória?”.²³⁶

A guarda compartilhada diz respeito apenas ao exercício conjunto dos direitos e deveres do pai e da mãe com relação aos filhos, visando à manutenção dos laços afetivos entre o filho e ambos os genitores – em certa medida, corresponde ao próprio exercício conjunto da autoridade parental. Em hipótese nenhuma, deve afastar a definição de uma residência fixa para a criança. Ao contrário, ela pressupõe que a criança deverá ter uma moradia certa, de modo que não haja prejuízos à configuração de referenciais de segurança. Por outro lado, na guarda alternada, é como se a criança estivesse em constante mudança, repartindo seu tempo entre a casa do pai e da casa da mãe, pois é característica deste regime a divisão da custódia física entre os genitores. Diferentemente do que ocorre na guarda compartilhada, em que ambos permanecem com a guarda jurídica do filho, mas apenas um vai estar com a sua custódia física, na guarda alternada, o genitor que está na companhia direta do filho exerce sozinho o papel de guardião, de forma exclusiva.²³⁷

Logo, quanto a esta discussão, embora Corado Paulino da Rosa assevere que “não há como interpretar a expressão convivência equilibrada com o sentido de convívio dividido. (...) a alteração busca diminuir a disparidade de tempo entre o

²³⁴ COMEL, Denise Damo. **Guarda compartilhada e guarda unilateral: a reforma da Lei nº 13.058/2014**. Revista Síntese de Direito de Família. v. 16. n. 92, out/nov. 2015. p. 94.

²³⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 10ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2015. p. 244.

²³⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 10ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2015. p. 252.

²³⁷“(...) o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de exemplo, o filho permanece de segunda a quarta-feira com o pai e de quinta-feira a domingo com a mãe. Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com tom didático, pode-se dizer que esta é a guarda pingue-pongue, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos ininterruptos. Alguns a denominam como a guarda do mochileiro, pois o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir à outra casa. O presente autor entende que é altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial. (...)” (TARTUCE, Flávio. **Direito de família**. 10ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2015. p. 251).

guardião físico de não guardião”²³⁸, mostra-se relevante a preocupação daqueles que questionam a “Nova Lei da Guarda Compartilhada”, ressaltando a possível confusão que pode ser feita entre este modelo e o da guarda alternada. Isso porque a Lei nº. 13.058 de 2014, ao dispor que o tempo de convivência deve ser dividido de forma equilibrada, não especificou o modo de operacionalização da referida “forma equilibrada”, circunstância que, para Eduardo de Oliveira Leite, é perigosa, pois “alguns operadores do Direito entenderão que ‘forma equilibrada’ corresponde a uma criança passar um período de tempo (semana, quinzena ou mês) com um ou outro genitor”.²³⁹ Está presente, assim, abertura para a guarda alternada, sendo necessário que a expressão “forma equilibrada” seja entendida com muita cautela. O fato é que já se visualizam não só proposituras de ações que, sob o título de guarda compartilhada, têm como pretensão a divisão milimétrica do convívio com o filho,²⁴⁰ mas também decisões judiciais estabelecendo, em verdade, a guarda alternada, com base na dita “divisão equilibrada de tempo de convívio”.²⁴¹

Ademais, aliado ao aspecto da divisão do tempo de convivência, o novo espírito da Lei nº 13.058 de 2014 de tratar a guarda compartilhada como sendo imperativa, tanto no consenso quanto no litígio, pode abrir ainda mais espaço à confusão e ao desvirtuamento do instituto. Isso porque, ao priorizar a divisão de tempo, sem que haja o mínimo de diálogo entre os genitores, dá-se espaço para que haja a inversão da guarda compartilhada para a alternada. A ausência de

²³⁸ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 123.

²³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários à Lei nº 13.058, de 22/12/2014 (dita, nova Lei da Guarda Compartilhada)**. p. 03. Disponível em: <www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_11/artigo_eduardo.pdf>. Acesso em: 01.06.2016

²⁴⁰ Conforme indicado no corpo do acórdão do agravo de instrumento nº 70068127166, a pretensão do agravante, no caso, era “exercer a guarda compartilhada, podendo os filhos permanecer semanalmente de forma alternada com os pais, respondendo cada qual com as despesas correspondentes à custódia física e divisão, por metade, das despesas fixas”, um típico arranjo de guarda alternada. Como muito bem fundamentou o relator: “Como posto pela agravada em contrarrazões, em verdade a proposição do agravante mais se assemelha à guarda alternada, pois confunde seus conceitos. De qualquer sorte, devem ser evitados arranjos que coloquem os filhos em um vai e vem constante entre uma morada e outra, sendo que a sadia convivência, mesmo desfeita a entidade familiar, deve estar amparada no bom senso.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70068127166**, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 19 de maio de 2016. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 12.06.2016).

²⁴¹ Destaca-se notícia veiculada no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM: “Depois do divórcio, o Juizado Regional da Infância e Juventude da Comarca de Santa Cruz do Sul determinou, em caráter provisório, a guarda compartilhada da criança, que atualmente tem dois anos de idade. Foi estabelecido que a criança deve passar 15 dias do mês com a mãe e a outra metade com o pai.” Disponível em <www.ibdfam.org.br/noticias/5523/TJRS+nega+pedido+de+pens%C3%A3o+aliment%C3%ADcia+em+guarda+compartilhada%22>. Acesso em: 10.06.2016.

cooperação entre os pais, estando eles no exercício da guarda compartilhada imposta por uma decisão judicial e a mercê de que esta mesma decisão implique em tal divisão de convivência aproximada à guarda alternada, fará com que, na prática, cada genitor, quando estiver com o filho na sua companhia, exerça a guarda de forma unilateral e vice-versa, sem a participação do outro, configurando-se a típica guarda alternada, extremamente prejudicial ao filho.

Nesse contexto, o fato de a Lei nº. 13.058 de 2014 ter dado significativo enfoque à divisão do tempo do filho entre o pai e a mãe, faz sugerir que se dê mais atenção à custódia física da criança do que ao exercício conjunto das responsabilidades parentais. Não é de se surpreender que surjam ações em que os genitores contem no calendário os dias em que a criança fica com o pai e a mãe, e reclame que o filho passe exatamente o mesmo tempo consigo, sem levar em conta a realidade fática da criança e sem considerar que a quantidade de tempo de convívio não é sinônimo de qualidade. Esta circunstância menospreza a necessidade da criança de ter sua rotina bem definida e estável, servindo tão somente aos interesses egoísticos dos genitores, que tratam o filho não como pessoa com um fim em si mesma, mas como objeto que pode ser dividido a qualquer custo.²⁴² Por esta razão, deve-se afastar a ideia de que a convivência é realizada de forma aritmética, como solução à incapacidade dos genitores de superar as dificuldades pessoais:

Assim, esse tempo de convívio que doravante deverá ser dividido de forma equilibrada na guarda compartilhada não pode ser confundido com um modelo de guarda alternada. Como se fosse uma solução salomônica para os pais, legitimada pela lei, de simplesmente dividir o filho, um pouco para cada um, de modo que ninguém perca, ninguém ganhe, como solução para superar as divergências que eventualmente não lhes permitam acordar o regime de guarda (o perigo da interpretação equivocada, ademais, reside no fato de a palavra dividir também ter o significado de separar ou, mesmo, romper).²⁴³

²⁴² “A dinâmica da vida familiar é por demais complexa para admitir decisões engessadas em parâmetros rígidos de horas, dias, semanas ou quinzenas. “Quinze dias meus, quinze dias teus”, ou “esta semana é minha e a outra é tua” podem atender os interesses egoísticos dos genitores mas está frontalmente contrariando o princípio basilar do melhor interesse do filho.” (LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários à Lei nº 13.058, de 22/12/2014 (dita, nova Lei da Guarda Compartilhada.** p. 06. Disponível em: <www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_11/artigo_eduardo.pdf>. Acesso em: 01.06.2016).

²⁴³ COMEL, Denise Damo. **Guarda compartilhada e guarda unilateral: a reforma da Lei nº 13.058/2014.** In: Revista Síntese de Direito de Família. v. 16. n. 92, out/nov. 2015. p. 94.

Deste modo, caso não se tenha cautela na aplicação do novo dispositivo do § 2º, do art. 1.583, do Código Civil de 2002, poderão surgir decisões adotando o regime da guarda alternada, que é fortemente rechaçado pela doutrina e por profissionais da psicologia. É fundamental que a convivência entre o filho e os genitores seja sempre estimulada de acordo com a forma de viver de cada família e de sua dinâmica peculiar, primando pela qualidade do tempo, e não por uma contagem numérica e rígida de dias com um e com outro, colocando a criança num “vai e vem” imprudente, que só trará devastas consequências. A convivência familiar deve primar pelo atendimento dos superiores e prioritários interesses do filho, sendo que “tudo deve convergir para facilitar a relação dos pais entre si (...), propiciando um ambiente familiar mais favorável, de modo que possam, juntos, dirigir a criação e a educação do filho comum, destinatário último de todos os seus esforços”.²⁴⁴

4.3.3 Os alimentos na guarda compartilhada e a prestação de contas

Alimentos denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para atender às necessidades básicas da vida, não só de sustento, mas também de vestuário, habitação, saúde e, em caso de criança, aquilo que for necessário para sua instrução.²⁴⁵ Tem como finalidade suprir as necessidades de uma pessoa que, por algum motivo, seja o da idade, seja o da condição de saúde, não pode prover a própria subsistência. Encontra fundamento na solidariedade humana e econômica que existe entre os membros da família, bem como na preservação da vida humana e na necessidade propiciar uma garantia de subsistência.²⁴⁶

O descumprimento dos deveres jurídicos de sustento, assistência e amparo faz nascer a pretensão e a correlativa obrigação alimentar, que é de caráter pessoal.²⁴⁷ Os alimentos possuem natureza personalíssima, bem como são

²⁴⁴ COMEL, Denise Damo. **Guarda compartilhada e guarda unilateral: a reforma da Lei nº 13.058/2014**. In: Revista Síntese de Direito de Família. v. 16. n. 92, out/nov. 2015. p. 95-96.

²⁴⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito de família**. v.6. 28ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 374.

²⁴⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.p. 657

²⁴⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 344-345.

indisponíveis, irrenunciáveis e irrepetíveis.²⁴⁸ Segundo o art. 1.694 Código Civil de 2002, a prestação de alimentos deve proporcionar ao alimentando “viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”. Para a fixação do valor dos alimentos, deverá ser observado o tradicional binômio necessidade/possibilidade, previsto no art. 1.694, §1º, do Código Civil de 2002 – exige-se a comprovação da necessidade de quem reclama e depende da possibilidade do outro de provê-los.²⁴⁹ Cabe frisar que a necessidade de crianças e adolescentes é legalmente presumida em razão da menoridade que ostentam.²⁵⁰

A polêmica em torno dos alimentos, com relação à guarda compartilhada, surge em razão de existir equivocado entendimento, de certo modo respaldado pela mídia irresponsável, de que, com a determinação do compartilhamento da guarda, o alimentante, por também exercer a guarda do filho, estaria desobrigado de prestar alimentos ou poderia ver reduzido o seu valor. Não há qualquer respaldo para esta posição, mas ainda assim são comuns as ações propostas por genitores que postulam a guarda compartilhada do filho não com o objetivo de verdadeiramente exercê-la, mas sim como subterfúgio para a exoneração ou redução da verba alimentar, indo de encontro ao princípio da parentalidade responsável. Esta discussão foi intensificada em razão da Lei nº 13.058 de 2014, que trouxe um grande número de pretensões desta natureza. É perigoso que se aceite este posicionamento - o que, infelizmente, já aconteceu²⁵¹ - uma vez que a pessoa mais atingida será o filho, quem justamente precisa de meios materiais para o salutar desenvolvimento.

²⁴⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. 347.

²⁴⁹ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**.“ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 10.06.2016.

²⁵⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 350.

²⁵¹ A saber: “Com efeito, em que pese o estabelecimento da guarda compartilhada não seja motivo suficiente, por si só, para impedir a fixação de alimentos provisórios em favor da filha menor, tenho que os elementos probatórios até o momento carreados ao instrumento não autorizam a pretendida estipulação. Exercendo ambos os genitores atividade laborativa, e não sendo extraordinário os gastos da filha, cabe a ambos os genitores arcar com as despesas de I. no período em que a infante se encontra sob seus cuidados.” (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70062104385**, da Sétima Câmara Cível. Relatora: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 15 de outubro de 2014. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 10.06.2016).

Já se falou que a guarda compartilhada pressupõe que a criança tenha definida uma residência fixa com um de seus guardiões, conforme o art. 1.583, §3º do Código Civil de 2002. Este genitor exercerá a chamada custódia física do filho e arcará com os gastos diretos da criança, como moradia, alimentação, vestuário, entre outros. Por consequência, ao genitor que não detém a guarda física surgirá a obrigação de arcar com alimentos em prol do filho, respeitando-se o binômio necessidade/possibilidade. Portanto, não se presta para elidir a obrigação alimentar a alegação de que, no exercício da guarda compartilhada, ambos os pais são corresponsáveis pelos cuidados do filho e dividem as despesas, uma vez que, por óbvio, esta criança deverá residir com um dos genitores e esta pessoa suportará os seus gastos diários.²⁵²

Sobre este tema, a jurisprudência é bastante clara:

[...] as responsabilidades dos genitores, nesse tipo de guarda, é que devem ser repartidas, juntamente com o lazer e alegrias da convivência sadia. Além disso, a guarda compartilhada (artigo 1584 do Código Civil) permite a fixação do domicílio do menor e torna a convivência mais livre, mas não impede a orientação quanto à responsabilidade alimentar e ao regime de visitas, sempre prestigiando a maior convivência de ambos os genitores com os filhos e deste com todos os seus parentes.²⁵³

Superada a discussão acerca da existência ou não de obrigação alimentar na guarda compartilhada, impende destacar a novidade introduzida pela “Nova Lei da Guarda Compartilhada”, no tocante à redação do art. 1.583, §5º, do Código Civil de 2002,²⁵⁴ que discorre acerca da prestação de contas entre os genitores com relação

²⁵² “[...] se o menor se encontra sob a guarda de um deles, independentemente do exercício do poder familiar ser conjunto ou não, cabe ao que não tiver o menor consigo o dever de pagar alimentos. Qualquer outra decisão que contrarie este princípio básico do direito parece infringir o ordenamento pátrio, naquilo que ele tem de mais sagrado, que é o interesse do menor de ser alimentado.” (GOZZO, Débora. **Guarda compartilhada e alimentos (Jurisprudência comentada)**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Porto Alegre, v.1, n.4, p. 147-149, jan./fev. 2015. p. 149).

²⁵³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0006638-51.2012.8.26.0318**, da Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. São Paulo, 06 de maio de 2015. Disponível em <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 12.06.2016.

²⁵⁴ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 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. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 10.06.2016.

às questões que envolvam o filho, quando do exercício da guarda unilateral.²⁵⁵ O referido artigo estabelece ser obrigação do pai e da mãe que não detém a guarda supervisionar os interesses do filho, e legitima qualquer dos genitores a solicitar “informações/prestação de contas”, “objetivas e subjetivas”, em assuntos ou situações que afetem “direta ou indiretamente” a saúde física e psicológica e a educação dos filhos. Aparentemente, a nova literalidade da lei passa a tornar viável a pretensão de prestação de contas relativas inclusive aos alimentos.

De início, cabe destacar posição relevante defendida por Denise Damo Comel, no sentido de que seria uma impropriedade do legislador atribuir a ambos os pais legitimidade para postular a prestação de contas contra o outro. Isso porque, para existir o dever de prestar contas, é necessário haver uma relação material entre os sujeitos da relação, o que, a rigor, não ocorre quando se quer transpor a figura da prestação de contas para o Direito de Família e relacioná-la às obrigações entre pais e filhos: “o obstáculo que vai se encontrar é que um pai não é credor do outro em face do dever de poder familiar de modo que se possa conceber o dever de prestação de contas entre eles, no sentido técnico do termo”. Deste modo, em não havendo relação de direito material “a legitimidade reconhecida pela lei é vazia, pois sem objeto”.²⁵⁶

Ademais, também causa estranheza a autorização para a prestação de contas objetivas e subjetivas – já que não se sabe ao certo o que pretendeu o legislador com o termo “subjetivas” – referente a temas de saúde física e psicológica e da educação dos filhos. Estes aspectos introduzidos pela lei apresentam tamanha amplitude que podem tornar intangível a pretensão. Ora, como se dá a prestação de contas de fatos subjetivos, se, consoante o questionamento de Denise Damo Comel, “o subjetivo reside no âmbito psíquico e emocional, no espírito da pessoa?”. Ainda mais difícil é entender como se dá a prestação de contas referentes a assuntos psicológicos do filho, ante a falta de critérios objetivos e o nível de abstração da questão.²⁵⁷

²⁵⁵ Para Conrado Paulino da Rosa, não há impedimento para que, também na guarda compartilhada, o genitor que paga alimentos possa ajuizar ação para este fim. (ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 115).

²⁵⁶ COMEL, Denise Damo. **Guarda compartilhada e guarda unilateral: a reforma da Lei nº 13.058/2014**. In: Revista Síntese de Direito de Família. v. 16. n. 92, out/nov. 2015. p. 98.

²⁵⁷ “Com efeito, não se questiona que o pai guardião deva manter o filho sob estreita vigilância e proteção. Todavia, disso a pretender que tenha verdadeiro domínio sobre a vida do filho, sem que nada lhe passe, nada atinja o filho sem que antes saiba, como se devesse monitorá-lo ininterruptamente, tudo para que, eventualmente, possa prestar contas a respeito de todos os

Especial atenção também merece a prestação de contas referentes aos alimentos devidos ao filho. Antes da vigência da Lei nº. 13.058 de 2014, o Superior Tribunal de Justiça já havia firmado posição no sentido de que o alimentante não teria interesse de agir a compelir o detentor da guarda a prestar contas referentes aos alimentos destinados ao filho:

Sob essa ótica, é certo que o recorrente, tal como consta da fundamentação do acórdão impugnado, não detém interesse processual para ajuizar a ação de prestação de contas em face da recorrida, mãe da alimentada, porquanto ausente a utilidade do provimento jurisdicional invocado, notadamente porque quaisquer valores que sejam porventura apurados em favor do alimentante, estarão cobertos pelo manto do princípio da irrepetibilidade dos alimentos já pagos. Ora, a situação jurídica trazida a discussão não permite que o Poder Judiciário preste qualquer tutela à pretensão do alimentante, porque da alegação de que a pensão por ele prestada não está sendo utilizada pela mãe em verdadeiro proveito à alimentada, não subjaz qualquer vantagem para o pleiteante. A uma, ante a já referenciada irrepetibilidade dos alimentos, que não permite o surgimento, em favor do recorrente, de eventual crédito. A duas, porque não há como se eximir, o alimentante, pela via da ação de prestação de contas, do pagamento dos alimentos assim como definidos em provimento jurisdicional, que somente pode ser modificado mediante outros meios processuais, próprios para tal finalidade.²⁵⁸

Ocorre que a Lei nº 13.058 de 2014 supera o fundamento da ausência de interesse de agir e abre espaço para prestação de contas de valores pagos a título de alimentos em benefício dos filhos. Com efeito, ao guardião incumbe administrar os valores recebidos, que devem ser destinados, sempre, ao bem-estar e à manutenção do filho. Deste modo, decorrente do direito de fiscalização da guarda, caberia o ajuizamento de ação de prestação de contas em face do guardião, justamente para impedir e controlar a má-administração dos valores, em defesa do melhor interesse da criança e do adolescente.²⁵⁹ De acordo com Conrado Paulino da Rosa, “aquele que realiza a gestão dos valores (...) e que bem está empregando o

assuntos ou situações que, direta ou indiretamente, o alcancem, parece-nos inviável. Prestar contas do resfriado, da infecção de garganta, do medo de cachorro que não tinha antes, Prestar contas do porque que o filho está triste, parece deprimido; está sem fome ou come demais. Não quer comer salada, mas antes comia. Falou um palavrão, desrespeitou o avô. Recusou ler o livro que ganhou. Caiu da bicicleta e se machucou; houve ou não negligência, e assim por diante, em infidáveis hipóteses”. (COMEL, Denise Damo. **Guarda compartilhada e guarda unilateral: a reforma da Lei nº 13.058/2014**. In: Revista Síntese de Direito de Família. v. 16. n. 92, out/nov. 2015. p. 98).

²⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 958.061/DF**, da Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 20 de maio de 2008.

²⁵⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112.

montante, por certo, não terá dificuldades de demonstrar onde foi usado o valor do pensionamento. Trata-se de um cálculo de fácil operação e demonstração”.²⁶⁰

Entretanto, respeitosamente à posição do autor, a questão é muito mais complexa do que uma simples operação aritmética, pois as despesas de um filho são inúmeras e fazem parte do cotidiano da criança e da própria família. Assim, caso se cogite de uma prestação de contas, terá de ser feito um rigoroso controle diário, e cada centavo de diferença poderá ser motivo para a deflagração de desentendimentos entre os genitores:

Com efeito, há inúmeras pequenas despesas na administração do cotidiano de um filho menor, e nem todas essas despesas são facilmente comprovadas. Os guardiões, se tiverem ainda a necessidade de “prestar contas”, terão de, além de administrar a rotina da criança, se tornar verdadeiros “arrecadores de notinhas”, a fim de que tenham os comprovantes necessários para uma eventual prestação de contas, o que definitivamente não se mostra razoável e não se vislumbra como aconselhável.²⁶¹

Salienta-se, pois, que a ação de prestação de contas pode ser desvirtuada e passar a ser utilizada pelo alimentante tão somente com o objetivo de importunar o guardião e acirrar os conflitos, desnecessariamente. Deve ser lembrado que os critérios para a fixação dos alimentos levam em conta o binômio necessidade/possibilidade, sendo que é a observância deste fator que permite a obtenção do valor justo dos alimentos. Uma vez definido o *quantum*, tem-se que este é o adequado aos interesses do filho, visto que foram analisadas as despesas da criança. Ainda, os alimentos são irrepetíveis: “o alimentante não os pode repetir (pedir de volta) e o alimentando não está obrigado a devolvê-los, se indevidamente recebidos”.²⁶² Isso em razão do próprio caráter alimentar da prestação, necessário à subsistência do infante. Se entender o genitor que o guardião não está bem administrando os recursos do filho, causando-lhe prejuízo, certamente mais apropriado será ajuizar uma ação de modificação de guarda ou, se a intenção for reavaliar o valor da pensão, isto deverá ser buscado por meio de uma ação de revisão de alimentos.²⁶³

²⁶⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 115.

²⁶¹ GUAZZELLI, Mônica. **A nova lei da guarda compartilhada**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Porto Alegre, v.1, n.4, p. 5-21, jan./fev. 2015.p. 15.

²⁶² LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 349.

²⁶³ Nesse sentido: “[...] Logo, à genitora compete apenas a administração do numerário pertencente ao filho e, por isso, irreparável a ressalva sentencial de que, acaso entenda o genitor que a guardiã

Portanto, a ação de prestação de contas de alimentos deve ser vista com muita cautela e somente se justifica em casos excepcionais - apenas se houver indícios cabais de malversação da verba alimentar -, senão está se abrindo espaço para mais um palco de conflito entre os genitores, que devem, ao contrário, visar à harmonia em prol do filho. Ainda que tenha sido muito debatido ao longo dos anos, o tema é novidade como previsão legal, de modo que caberá aos operadores do Direito observar como se portará a questão nos Tribunais, mas já se adiantando que será necessária muita ponderação para afastar as ações desarrazoadas que se configuram ingerência indevida nos cuidados do guardião. Precisamente, ao guardião foi conferido este encargo, e a ele incumbe exercer os cuidados do filho e administrar seus interesses, porque se chegou à conclusão que está apto para tanto, quando lhe foi concedida a guarda.

4.4 NOVOS HORIZONTES: O PAPEL DA MEDIAÇÃO E DA VISÃO INTERDISCIPLINAR AO DIREITO DE FAMÍLIA

As relações familiares são marcadas pela carga de sentimento e de subjetividade envolvida, ainda mais quando dizem como rompimento de relacionamentos e questões atinentes aos filhos. Os processos que envolvem separação, divórcio e guarda de filhos não tratam somente de questões patrimoniais e jurídicas, mas muito mais de questões emocionais que estão presentes no término de um projeto de vida, de um sonho construído a dois, e que são refletidas para as folhas de um processo. Ora, nem sempre é possível separar-se de forma amigável e civilizada, ao contrário, “muitas pessoas passam por sentimentos e ressentimentos muito violentos, em meio a dores, ódios, culpas e acusações na gangorra da vítima e do algoz”.²⁶⁴ A verdadeira solução de justiça e paz para esta família dificilmente

não está desempenhando seu mister a contento, deixando de atender aos interesses das infantes, deverá ingressar em juízo requerendo a alteração da guarda, ou, então, entendendo ser o caso de minorar a importância alcançada, pelo fato de o valor superar as necessidades das menores, promover a respectiva ação revisional.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70059585166**, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 26 de junho de 2014. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 12.06.2016).

²⁶⁴MALDONADO, Maria Tereza. **Casamento, término e reconstrução: o que acontece antes, durante e depois da separação**. São Paulo: Integrare Editora, 2009. p. 16.

será obtida com uma mera decisão judicial de procedência ou improcedência, que pouco se aproximam dos verdadeiros sentimentos envolvidos.

Neste cenário, os filhos figuram como espectadores e vítimas do conflito – “os ressentimentos, as angústias, a necessidade de achar culpa e culpados reflete de maneira muito drástica sobre os filhos”.²⁶⁵ Embora num modelo idealizado de compreensão da própria história e de superação das mágoas os pais possam acordar a guarda compartilhada dos filhos, geralmente o que se vê é uma grande litigiosidade em torno do tema, tendo em conta que o ex-casal por si só não consegue separar a relação conjugal que teve fim e a relação parental que nunca termina, por vezes inclusive tratando o filho como moeda de troca ou arma de vingança. Cada pessoa responderá de forma muito particular aos desafios de uma separação: “dores da alma atingem a todos igualmente, e cada um vai reagir de acordo com a sua própria tolerância à dor e à frustração”.²⁶⁶

Conforme expõe a psicanalista Telma Kutnikas Weiss, haverá a necessidade de estes pais serem acompanhados por profissionais – mediador, psicólogo, ou psicanalista – para que construam um diálogo fundado no desejo de buscar o bem-estar de seus filhos. Para tanto, a conversa será a única saída e viabilizará a reflexão e a elaboração do trauma da separação, trazendo verdadeiramente mais segurança aos filhos:

Pais que conseguem conversar têm mais chances de notar que uma coisa é o final da união e outra coisa é a responsabilidade que ambos têm para com os filhos. Essa conquista é uma condição fundamental para os pais compreenderem a importância que eles têm para com seus filhos. Essa é a grande possibilidade para os jovens terem uma sensação de maior confiança e segurança. Uma base emocional que gera uma melhor condição, um melhor instrumental para enfrentar a vida e os seus desafios.²⁶⁷

Com efeito, será muito difícil que se mostre eficaz a imposição a uma família não funcional de um modelo de coparticipação parental que exige comunhão de

²⁶⁵ FERREIRA, João Bosco Dutra. *A constitucionalidade da mediação familiar e o estado democrático de direito: uma crítica à realidade brasileira*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.). **Manual de direito das famílias e sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008. p. 823.

²⁶⁶ WEISS, Telma Kutnikas. **A Lei da guarda compartilhada: uma breve visão psicanalítica**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Porto Alegre, v.2, n.9, p. 59-64, nov./dez. 2015.p.62.

²⁶⁷ WEISS, Telma Kutnikas. **A Lei da guarda compartilhada: uma breve visão psicanalítica**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Porto Alegre, v.2, n.9, p. 59-64, nov./dez. 2015.p. 65.

esforços dos pais para seu sucesso, sem anteriormente se tratar as mágoas e se achar um caminho para a reabertura do diálogo e da compreensão mútua em benefício do filho. Por esta razão, o que deve ser buscado é um trabalho conjunto de diversas disciplinas e profissionais no campo do Direito de Família, alcançado por meio da mediação e da sua perspectiva interdisciplinar, envolvendo aspectos jurídicos, sociais e psicológicos.²⁶⁸ Somente assim será possível se chegar a uma resposta positiva às dificuldades e limitações do Judiciário de, por si só, lidar e encontrar soluções à complexidade das relações familiares.²⁶⁹

A mediação é método fundamentado que busca, na própria atuação dos envolvidos, o despertar de recursos pessoais para a transformação do conflito:

Essa transformação constitui oportunidade de construção de alternativas para o enfrentamento ou a prevenção de conflitos. O mediador não decide pelos mediandos, já que a essência dessa dinâmica é permitir que as partes envolvidas em conflito ou impasse fortaleçam-se, resgatando a responsabilidade por suas próprias escolhas. A mediação não visa ao acordo – como ocorre na conciliação -, não podendo ser medida de sucesso ao acesso à justiça. Trata-se de uma atividade também de natureza preventiva, portanto seu enfoque é o espaço que se localiza antes do conflito. Outro aspecto a ser exaltado na mediação é que a comunicação entre os mediandos pode produzir os mais variados efeitos, inclusive a recuperação da capacidade de se responsabilizar pelas próprias escolhas, dando outro significado à relação, com a transformação do conflito.²⁷⁰

Logo, a mediação, por primar pela abertura do diálogo, deverá ser norte para a pacificação e transformação do conflito entre os genitores, visando ao encontro de um ambiente mais propício ao crescimento e desenvolvimento do filho, marcado pelo afeto e pela ampla convivência familiar.²⁷¹ A perspectiva de sua eficácia para a

²⁶⁸ “Os profissionais que atuam nos conflitos familiaristas, são cardiologistas da alma, resignificando frustrações, projeções e mágoas – outrora usadas como ‘munições’ nas batalhas jurídicas – em mudanças firmes, perenes, para que os machucados possam ser sarados, e não eternizados”. (ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 140).

²⁶⁹ “A mediação familiar é uma prática social, consubstanciada em três fundamentos: respeito à lei; respeito ao outro; respeito a si próprio. Trata-se de um estudo de natureza interdisciplinar, cuja prática nos tratos dos conflitos familiares constrói uma mentalidade capaz de mudar o Judiciário, libertando-o para a sua efetiva função.” (BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar: instrumento para a reforma do judiciário**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Afeto, ética, família e Novo Código Civil: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p. 37)

²⁷⁰ BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar no Novo Código de Processo Civil**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Porto Alegre, v.2, n.10, p. 78-88, jan./fev. 2016.p. 84.

²⁷¹ “Por maiores que sejam as dores do casal e os (re)sentimentos recíprocos, pode haver uma amenização da situação, tão logo eles se derem conta de que os filhos estão envolvidos de maneira muito negativa no conflito. Em nome dos filhos e do melhor interesse deles que entraram circunstancial e involuntariamente no conflito, a mediação também pode ser eficaz. A busca de interesses ainda ocultos, o processo discursivo e participativo que a mediação propicia, certamente facilitará a transformação do casal, podendo até solucionar o conflito com um acordo. O importante é que a mediação busca preservar as relações entre os casais, principalmente em prol do

proteção dos interesses da criança e do adolescente e para o estímulo à corresponsabilização parental é muito mais palpável e encorajadora do que uma obrigatoriedade de imposição da guarda compartilhada. Neste espírito, também deve ser destacada a postura adotada pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105 de 2015) ao positivar a mediação, circunstância que poderá trazer muitos benefícios ao processo de humanização do Direito de Família.²⁷²

Portanto, deverá ser feito um esforço por parte dos operadores do Direito, assistentes sociais, psicólogos e mediadores de efetivamente colocar em prática a mediação familiar como método fundamental para construção de uma justiça mais humana, em que se priorize a participação dos próprios envolvidos na busca pelo diálogo. Quiçá, assim, se estará criando os alicerces para que as crianças de agora, melhor assistidas por seus pais, tornem-se adultos mais responsáveis uns com os outros e com as necessidades de seus próprios filhos, repercutindo numa estrutura familiar eudemonista e solidária, que serve de instrumento para promoção da personalidade de seus membros permite a construção de uma sociedade mais fraterna.

desenvolvimento dos filhos menores que ainda dependem de ambos.” (FERREIRA, João Bosco Dutra. *A constitucionalidade da mediação familiar e o estado democrático de direito: uma crítica à realidade brasileira*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.). **Manual de direito das famílias e sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008. p. 823).

²⁷² BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar no Novo Código de Processo Civil**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Porto Alegre , v.2, n.10, p. 78-88, jan./fev. 2016.p. 86.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações familiares configuram a base da sociedade e transformam-se de acordo com o momento histórico. Pode-se observar que, desde os primórdios tempos, a família serviu precipuamente como instrumento para a formação e transmissão do patrimônio. Na época moderna, a única família reconhecida era aquela constituída pelo casamento, hierarquizada e patriarcal. Essas características eram muito percebidas no âmbito das disposições atinentes às relações paterno-filiais e à mulher casada. A título de exemplo, o Código Civil de 1916 outorgava somente ao marido a chefia da família e o “pátrio poder” dos filhos, sendo a mulher mera coadjuvante.

Somente se verificou uma mudança de postura com o advento da Constituição Federal de 1988 e com o fenômeno da Constitucionalização. Neste momento, as novas opções da sociedade encontram-se consubstanciadas no texto constitucional, e as suas normas irradiam-se aos demais ramos do Direito, conferindo unidade ao ordenamento jurídico. Logo, é imperioso o reconhecimento da normatividade e do papel dos princípios constitucionais para a interpretação e conformação do direito infraconstitucional à Carta Maior.

No que tange à disciplina da proteção dos filhos, igualmente não se pode afastar uma visão civil-constitucional do tema, baseada nos princípios constitucionais norteadores das relações paterno-afetivas, que encontram sua base na dignidade humana. Pode-se observar que a consagração do princípio superior da dignidade da pessoa humana se operou mediante a tutela da pessoa como sujeito de direitos em detrimento aos valores patrimoniais e estigmatizados de outrora. Irradiando-se ao Direito de Família, significou uma visão plural e democrática da estrutura familiar, cuja função é a promoção da personalidade de seus membros em busca da felicidade e da realização pessoal.

De igual sorte, o princípio da igualdade nas relações familiares possibilita que homem e mulher desempenhem, nas mesmas condições, as funções parentais e as tarefas da organização familiar sem diferenciação. Isto foi reflexo das conquistas feministas, que impulsionaram as mulheres a superar as barreiras do ambiente doméstico para assentar seu espaço na sociedade de mercado de trabalho. O

homem, por sua vez, se viu obrigado a repartir as responsabilidades domésticas com a mulher, valorizando-se a paternidade.

Diante dos papéis doravante equilibrados entre o homem e a mulher, ao menos em âmbito jurídico, cumpre referir que ambos devem desempenhar a parentalidade de forma responsável e em igualdade de condições, participando da vida do filho e cumprindo com os deveres de amparo, assistência e educação, com fito de resguardar os direitos fundamentais da criança e do adolescente. O desempenho da autoridade parental, portanto, cabe a ambos os genitores, independentemente da relação conjugal. Em conformidade à perspectiva constitucional, o conteúdo da autoridade parental corresponde à verdadeira gama direitos e deveres dos pais para com seus filhos, que servem à tutela da personalidade e da dignidade. Está fundada no diálogo e na troca de experiências entre pais e filhos, que mutuamente se auxiliam na tarefa de aprendizagem.

No mais, não se pode falar em proteção dos filhos sem abordar a Doutrina da Proteção Integral, que confere às crianças e aos adolescentes prioridade absoluta na tutela de seus direitos. O que deve sempre ser buscado quando se está diante de questões atinentes à população infanto-juvenil é o bem-estar do sujeito em formação. Deste modo, é o princípio do melhor interesse que deve embasar os mecanismos jurídicos de proteção dos filhos, sobretudo em questões de disputa de guarda, em que deve prevalecer o regime que atenda às necessidades do filho, sujeito em formação, em crescimento e em construção de identidade, independentemente dos anseios e interesses específicos dos genitores.

É incontroverso que a coparticipação parental é o ideal a ser buscado nas rupturas familiares, em razão dos intensos benefícios que acarretam ao filho. Por este motivo justamente o legislador outorgou a ambos os genitores o pleno exercício da autoridade parental, bem como incluiu ao diploma legal o modelo de guarda compartilhada. O fato é que há certa incompreensão tanto pela sociedade quanto pelos operadores do Direito de que a guarda, independentemente da tipologia, não pode, a rigor, restringir o exercício da autoridade parental. O genitor que detém a guarda não poderá impedir o outro de participar da tomada de decisões com relação ao filho uma vez que estas atribuições decorrem da autoridade parental, também não sendo necessário, juridicamente, que se opte pelo modelo de guarda compartilhada para tanto. A guarda, tão somente, diz respeito à companhia direta do filho e a organização do seu cotidiano.

Não obstante, em que pese existir confusão acerca da extensão da autoridade parental e da guarda compartilhada, é de se frisar que não existe incompatibilidade entre os institutos. Com efeito, a guarda compartilhada decorre justamente de ter sido buscado maior relevo à autoridade parental, favorável à observância de seu conteúdo por ambos os genitores. Apesar de não se desconhecer que o seu conteúdo é o verdadeiro amparo legal ao direito-dever de coparticipação parental, no dia-a-dia das famílias de genitores separados existe uma real resistência por parte do genitor guardião de permitir a aproximação do outro, geralmente tendo como origem mágoas pela separação e desentendimentos, sendo que a guarda compartilhada poderia estimular a corresponsabilidade.

Ocorre que, o que vislumbrou por muito tempo foi a predominância de entendimento de que a genitora seria a pessoa com melhores condições de assumir a guarda, resultando no grande número de decisões judiciais conferindo a guarda do filho exclusivamente à mãe. Aliado a isto, salienta-se que a guarda compartilhada sempre teve como pressuposto, ao menos na posição da jurisprudência, o bom relacionamento entre os genitores. Contudo, como cediço, poucos são os termos de vínculos conjugais que se operam sem deixar qualquer tipo de trauma e desarmonia. Assim, a guarda compartilhada teve aplicação deveras tímida, e muitas vezes a guarda unilateral materna acaba por afastar o genitor da vida do filho.

Dessa forma, é de se levar em conta que são valores sociais, culturais e psicológicos que impedem o verdadeiro compartilhamento de responsabilidades parentais, uma vez que o ordenamento jurídico, tanto por meio da autoridade parental quanto por meio da guarda compartilhada, já conta com mecanismos jurídicos com este propósito. É pertinente, neste contexto, o questionamento levantado acerca da obrigatoriedade da guarda compartilhada imposta pelo judiciário, nos moldes em que pretendeu a Lei nº 13.058 de 2014, dada a limitação de uma sentença judicial, que não será eficaz para mudar, imperativa e autoritariamente, comportamentos assentados na emoção e na afetividade, que são característicos das relações familiares e ainda mais intensificados quando do fim de um relacionamento.

Além disso, a pretensão de compartilhar as responsabilidades parentais, nos ditames da guarda compartilhada, não pode, de modo algum, abrir espaço para que se coloque a criança numa posição de objeto, sujeitando-se aos caprichos dos pais, os quais querem contar no calendário os dias que passam com o filho, numa divisão

aritmética de convívio entre os genitores. Permitir que a guarda compartilhada seja confundida com a guarda alternada importa em retrocesso com relação à construção dos direitos da criança e do adolescente, voltados à Doutrina da Proteção Integral. Isso porque, não prioriza as necessidades do filho, que precisa de estabilidade e segurança para o seu desenvolvimento, mas sim os interesses dos próprios genitores que, sob o pretexto da igualdade entre o pai e a mãe, colocam a criança em meio de joguetes e disputas, como se estivesse no centro de um “cabo de guerra”.

Sendo assim, deve ser realizado um intenso trabalho, orientado por outras disciplinas, como a psicologia e a mediação, para verificar, no caso concreto, se os pais encontram-se aptos a superar as questões pessoais e dialogar na busca do melhor interesse do filho. Isso porque, para a criança crescer num ambiente propício ao seu desenvolvimento, é importante a presença constante tanto do pai quanto da mãe, seus alicerces, que representam os dois lados da sua origem. No entanto, se existir um ambiente marcado pelo litígio e pela desarmonia, dificilmente a imposição da guarda compartilhada será eficaz, pois os pais efetivamente não conseguirão dialogar em prol do filho.

A mediação, neste aspecto, mostra-se como sendo o caminho para o sucesso da guarda compartilhada. A postura da mediação, ao visar ao diálogo e à participação das partes envolvidas, é a porta de entrada para a dita corresponsabilização, pois permite a transformação do conflito por meio de trocas e de concessões mútuas, sendo de prognóstico muito mais satisfatório do que uma letra de lei e uma sentença judicial, impostas a uma estrutura familiar que provavelmente ainda está em processo de elaboração do trauma e que, sem o amparo necessário, possivelmente não recuperará a capacidade de cooperação própria do compartilhamento de guarda. Portanto, torça-se para que os operadores do Direito e demais profissionais unam esforços no sentido de pôr em prática este método de transformação social, buscando dar um trato mais humano à complexidade das relações afetivas.

Quando utilizada de forma positiva, sobretudo com o auxílio de mecanismos como a mediação, a guarda compartilhada viabiliza, de forma mais enfática, a coparticipação parental dos genitores em aspectos importantes da vida do filho, permitindo que a criança se desenvolva com a presença de ambos, estreitando as relações de afetividade. Contudo, de modo algum ela tem o condão de afastar a

obrigação alimentar, como vem sendo entendido por certos genitores, que ajuízam ações postulando a guarda compartilhada e a exoneração dos alimentos.

Diante do que foi exposto, pode-se asseverar que a guarda compartilhada, nos termos da nova Lei nº 13.058 de 2014, traz um acirrado debate acerca da sua aplicação e da suas reais vantagens para o infante, quando presentes certos aspectos que levantam dúvidas acerca da verdadeira intenção dos pais em compartilhar os cuidados do filho. De certo modo, surge como proposta educativa para os genitores, no sentido de ressaltar que ambos devem igualmente exercer a parentalidade de forma responsável, tanto cumprindo com os seus deveres, quanto permitindo que o outro assim também o faça.

Apesar disso, a novel disposição exige extrema cautela na sua aplicação, pois a imperatividade prevista no diploma legal pode ser prejudicial e ineficaz se destinada a uma família não funcional. Ainda não se sabe, ao certo, as implicações que a “Nova Lei da Guarda Compartilhada” trará à aplicação do instituto, mas se já pode observar o aumento de decisões impondo este modelo inclusive na ausência de harmonia entre os pais. Talvez a elaboração de posteriores estudos, especialmente nestes casos, poderá auxiliar nos questionamentos levantados, indicando se realmente houve coparticipação e quais os efeitos causados ao filho.

Portanto, cada caso deverá ser estudado nas suas particularidades, não existindo solução posta *a priori* no que tange à guarda dos filhos. O que deve ser observado é que a guarda deve visar à manutenção e ao fortalecimento de laços afetivos e, como instituto de proteção que é, deverá zelar pelo bem-estar do filho em detrimento de qualquer outro interesse que esteja em jogo. A prioridade e o modelo ideal sempre foi o compartilhamento da guarda, como já era previsto antes das mudanças legislativas de 2014. Ainda assim, o julgador, ao decidir o caso concreto, deve se basear na perspectiva civil-constitucional dos mecanismos jurídicos de proteção dos filhos, interpretando-os com prudência, de modo que estejam em conformidade com o princípio do superior interesse, afastando a imposição da guarda compartilhada se esta for prejudicial ao filho. Afinal, as crianças de agora serão os futuros pais e mães e, certamente, para que desempenhem o papel parental a contento, devem-lhe ser oportunizado o crescimento num ambiente saudável, que lhe permita o desenvolvimento de valores morais e sociais por meio do afeto e do diálogo, para que, assim, possam transmitir estes mesmos valores a seus próprios filhos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada – uma nova realidade para o direito brasileiro*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009

ÀRIES, Philippe. **História social da criança e da família**. 2ed. Rio de Janeiro: LCT, 2006.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. *A criança no novo Direito de Família*. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hassen. **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar no Novo Código de Processo Civil**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Porto Alegre , v.2, n.10, p. 78-88, jan./fev. 2016.

_____, Águida Arruda. **Mediação familiar: instrumento para a reforma do judiciário**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Afeto, ética, família e Novo Código Civil: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Brasília (DF), 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02.02.2016.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 07.02.2016.

_____. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 04.02.2016.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em 10.02.2015.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 10.02.2016.

_____. 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.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em 12.02.2016.

_____. Lei nº 11.968, 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.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em 12.02.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 964.836-BA (2007/0151058-1)**, da Terceira Turma. Relatoria: Min. Nancy Andrighi. Brasília (DF), 02 de abril de 2009. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 17.02.2016.

_____. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial n. 1159242/SP (2009/0193701-9)**, da Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília (DF), 24 de abril de 2012. Disponível em <www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em 21.02.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº. 60265/RJ**, da Terceira Turma. Relator: Min. Eloy da Rocha, Brasília, 12 de maio de 1967. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 22.02.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1251000/MG**, da Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 23.02.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1560594/RS**, da Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 23 de fevereiro de 2016. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 23.05.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 958.061/DF**, da Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 20 de maio de 2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 23.04.2016.

_____. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V : enunciados aprovados.** Coordenador Científico: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 54. Disponível em <www.cjf.jus.br/>. Acesso em: 15.05.2016.

_____. **Projeto de Lei nº. 6.350 de 2012.** Diário Da Câmara dos Deputados. Brasília, 10 de abril de 2002. p. 14.793. Disponível em <www.camara.gov.br>. Acesso em 16.05.2016.

BELTRÃO, Pedro Calderon. **Sociologia da Família Contemporânea.** BUZZI, Ernesto (trad.). Rio de Janeiro: Vozes Petrópolis, 1970.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CARDOSO, Simone Tassinari. *Do contrato parental à socioafetividade*. In: ARRONE, Ricardo (Org.). **Estudos de Direito Civil Constitucional**, Vol. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMEL, Denise Damo. **Guarda compartilhada e guarda unilateral: a reforma da Lei nº 13.058/2014**. Revista Síntese de Direito de Família. v. 16. n. 92, out/nov. 2015.

COULANGENS, Fustel de. **A Cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. BINI, Edson (Trad.). 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9ªed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____, Maria Berenice. **Novos tempos, novos termos**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM. Belo Horizonte. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/artigos/121/Novos+tempos%2C+novos+termos> Acesso em 22.02.2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda dos filhos na família em litígio: uma interlocução da psicanálise com o direito**. 4ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DUBY, Georges. **História da vida privada 2: da Europa Feudal à Renascença**. MACHADO, Maria Lucia (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

DUCOS, Michèle. **Roma e o Direito**. SARZANA, Sílvia; NETTO, Mário Pugliesi (trads.). São Paulo: Madras, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____, Luiz Edson. *Direito Civil e Dignidade da Pessoa Humana: um diálogo constitucional contemporâneo*. In: ALMEIDA, Agassiz Filho; MELGARÉ, Plínio (orgs.). **Dignidade da Pessoa Humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERREIRA, João Bosco Dutra. *A constitucionalidade da mediação familiar e o estado democrático de direito: uma crítica à realidade brasileira*. In: TEIXEIRA, Ana

Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.). **Manual de direito das famílias e sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Guarda compartilhada: novo regime da guarda de criança e adolescente à luz da Lei 11.698/2008*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

GOZZO, Débora. **Guarda compartilhada e alimentos (Jurisprudência comentada)**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Porto Alegre, v.1, n.4, p. 147-149, jan./fev. 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GROENINGA, Gisele Câmara. *Guarda compartilhada – a efetividade do poder familiar*. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

GUAZZELLI, Mônica. **A nova lei da guarda compartilhada**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Porto Alegre, v.1, n.4, p. 5-21, jan./fev. 2015.

HIRONAKA, Gisele Maria Fernandes Novaes. *Sobre peixes e afetos – um devaneio acerca da ética no direito de família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e dignidade humana: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. ALEMIDA, Antônio Guido de (trad.). São Paulo: Discurso Editorial: Bacarolla, 2009.

KLEIN, Felipe Pastro. *Família, entidade familiar e união de indivíduos do mesmo sexo*. In: ARRONE, Ricardo (org.). **Estudos de Direito Civil-Constitucional, v. 2**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

KRIEGER, Mauricio Antonacci; KASPER, Bruna Weber. **Consequências do abandono afetivo**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 15, nº 1241, 13 de maio de 2015. Disponível em: <www.tex.pro.br/index.php/artigos/305-artigos-mai-2015/7137-consequencias-do-abandono-afetivo> Acesso em 18.02.2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado. Vol. 5: direito de família**. 2ªed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____, Eduardo de Oliveira. **Comentários à Lei nº 13.058, de 22/12/2014 (dita, nova Lei da Guarda Compartilhada)**. Disponível em: <www.mprs.mp.br/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_11/artigo_eduardo.pdf>. Acesso em: 01.06.2016.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, Paulo. *A constitucionalização do direito civil brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.693, volume XVI**. AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord.). São Paulo: Atlas; 2003.

_____, Paulo Luiz Netto. *Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Afeto, ética, família e o Novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ªed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALDONADO, Maria Tereza. **Casamento, término e reconstrução: o que acontece antes, durante e depois da separação**. São Paulo: Integrare Editora, 2009.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 58917/2014**, da Segunda Câmara Cível. Relator: Des. José de Ribamar Castro. São Luis, 10 de março de 2015. Disponível em: <www.tjma.jus.br>. Acesso em: 25.05.2016.

MEIRA, Fernanda de Melo. *A guarda e convivência familiar como instrumento veiculadores de direitos fundamentais*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (coord.). **Manual de direito das famílias e sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0145.11.054209-2/001**, da Oitava Câmara Cível. Relatora: Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Belo Horizonte, 26 de novembro de 2015. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 15.04.2016.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 10056092087396002 MG**, da Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Caldeira Brant, Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 20.04.2016.

MORAES, Maria Celina Bodin. *A família democrática*. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (org.). **Família e Dignidade Humana: anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Compartilhando a guarda no consenso e no litígio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e dignidade humana: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PEREIRA. Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil, v.5: direito de família**. 21ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____, Rodrigo da Cunha. **Divórcio já: teoria e prática**. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução do direito civil constitucional**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: LEITE, George Salomão (coord.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008.

_____. Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 0335652-22.2008.8.19.0001**, da Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Rodrigues Cardozo. Rio de Janeiro, 27 de março de 2012. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 20.02.2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº.70066694621**, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 12 de novembro de 2015. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 17.05.2016.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 70062692876**, da Oitava Câmara Cível. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Porto Alegre, 12 de fevereiro de 2015. Disponível em <www.tjrs.jus.br/>. Acesso em 05.02.2016.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70068404359**, da Oitava Câmara Cível. Relator Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, Porto Alegre, 14 de abril de 2016. Disponível em <www.tjrs.jus.br/>. Acesso em 19.05.2016.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70068261783**, da Sétima Câmara Cível. Relatora Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, Porto Alegre, 16 de março de 2016. Disponível em: <www.tjrs.jus.br > Acesso em 16.05.2016.

_____, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70068335371**, da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 18 de maio de 2016. Disponível em<www.tjrs.jus.br>. Acesso em 13.06.2016.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70007455926**, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Rui Portanova. Porto Alegre, 18 de dezembro de 2003. Disponível em<www.tjrs.jus.br>. Acesso em 13.06.2016.

_____, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70031179252**, da Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 28 de abril de 2010. Disponível em: <www.tjrs.gov.br>. Acesso em 17.05.2016.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70068127166**, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 19 de maio de 2016. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 12.06.2016.

_____, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70064621253**, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 25 de junho de 2015. Disponível em <www.tj.rs.jus.br> Acesso em 16.05.2016.

_____, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70062104385**, da Sétima Câmara Cível. Relatora: Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 15 de outubro de 2014. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 10.06.2016.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70059585166, da Oitava Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 26 de junho de 2014. Disponível em: <www.tjrs.jus.br> Acesso em: 12.06.2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. Volume 3. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2007.018852-5**, da Primeira Câmara de Direito Civil. Relatora Des. Denise Volpato, Florianópolis, 24 de maio de 2011. Disponível em: <www.tjsc.jus.br > Acesso em 27.02.2016.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 2015.020844-4**, da Sexta Câmara de Direito Civil. Relatora: Des. Denise Volpato. Florianópolis, 07 de julho de 2015. Disponível em <www.tjsc.jus.br>.Acesso em: 25.05.2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 0006638-51.2012.8.26.0318**, da Oitava Câmara de Direito Privado. Relator:Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. São Paulo, 06 de maio de 2015. Disponível em <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 12.06.2016.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescentes em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3ed. rev.atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil. v. 5: direito de família**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família,Guarda e Autoridade Parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____, Ana Carolina Brochado. *A disciplina jurídica da autoridade parental*. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Família e dignidade humana: anais V congresso de direito de família**. São Paulo: IOBThomson, 2006.

_____, Ana Carolina Brochado. *Autoridade Parental*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008.

_____, Ana Carolina Brochado. *A (des) necessidade da guarda compartilhada ante o conteúdo da autoridade parental*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). **Manual de Direito das Famílias e das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey; Mandamentos, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *O direito civil constitucional e suas perspectivas atuais*. In: TEPEDINO, Gustavo (org). **Direito civil contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____, Gustavo. *A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VIEIRA, Cláudia Stein; GUIMARÃES, Marília Pinheiro. *A guarda compartilhada tal como prevista na Lei 11.689/2008 – questões que o Direito brasileiro tem de enfrentar*. In: DELGADO, Mário. COLTRO, Mathias (coord). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

WEISS, Telma Kutnikas. **A Lei da guarda compartilhada: uma breve visão psicanalítica**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, Porto Alegre , v.2, n.9, p. 59-64, nov./dez. 2015.

ZAMARIOLA, Aldrin Tebul Sanches; CAMARGO, Daniela Romano Tavares. OLIVEIRA, Glauber Vinícius Vieira de. **Análise da obrigatoriedade da guarda compartilhada e as repercussões nas famílias brasileiras: a Lei nº. 13.058/2014**. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; DELGADO, Mário Luiz (coords.). Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. v.4. jan/fev. p.22-44. 2015. Porto Alegre: Magister, 2014.

ZIMERMAN. David. *Aspectos psicológicos da guarda compartilhada*. In: In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.