

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

Luiza Sperb Napoleão

**PODER-DEVER FAMILIAR E GUARDA COMPARTILHADA: UMA ANÁLISE
A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

**Porto Alegre
2016**

LUIZA SPERB NAPOLEÃO

**PODER-DEVER FAMILIAR E GUARDA COMPARTILHADA: UMA ANÁLISE
A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora
Simone Tassinari Cardoso

**Porto Alegre
2016**

LUIZA SPERB NAPOLEÃO

**PODER-DEVER FAMILIAR E GUARDA COMPARTILHADA: UMA ANÁLISE
A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em 13 de Dezembro 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

Para Régis e Maria Inês, meus amados pais, que me fazem acreditar, mesmo quando tenho dúvidas, que o céu é o limite.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, por todo o apoio e amor ao longo desses anos. Por estarem sempre ao meu lado, por me guiarem nos momentos de dúvidas e por me acompanharem nos momentos de comemorações. Obrigada por serem pais maravilhosos e profissionais incríveis, que me enchem de orgulho e me inspiram todos os dias a seguir essa profissão que escolhemos.

Às minhas amigas, Aline e Bianca, eu não desejaria melhor companhia para vivenciar as angústias e as felicidades desse ano cansativo e estressante, mas também repleto de conquistas e que ficará para sempre gravado em nossas memórias.

Ao amigo Álvaro, pelos conselhos e pela ajuda na elaboração desse trabalho.

Aos meus familiares e demais amigos, por sempre torcerem por mim.

À Professora Simone, porque não poderia ter escolhido melhor mestre para me guiar por esse caminho, obrigada pela dedicação.

RESUMO

A presente monografia analisa o instituto do poder familiar e as modalidades de guarda, em especial a guarda compartilhada, no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as modificações introduzidas pela Lei nº 13.058/2014, a partir dos princípios constitucionais. A pesquisa bibliográfica é realizada pelo estudo da doutrina e da legislação atinente ao tema, acrescentando-se jurisprudência sobre a matéria, de forma a exemplificar certas situações específicas. É abordado o conceito da família contemporânea, bem como as suas influências, principalmente as provenientes do Direito Romano. Ademais, destacam-se os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família, em especial a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e sua posição de destaque no sistema, caracterizando-o como macroprincípio pelo qual os demais princípios são guiados, quais sejam: os princípios da igualdade, da solidariedade familiar, da convivência familiar, da afetividade e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A convivência familiar visa assegurar que os vínculos afetivos permaneçam intactos com a dissolução da sociedade conjugal, uma vez que a relação parental permanece inalterada. Nesse sentido, o novo papel masculino em face do movimento feminista e da entrada da mulher no mercado de trabalho, bem como o afastamento da culpa como determinante nas decisões judiciais acerca da guarda, leva ao entendimento de que ambos os pais possuem igualmente o direito e o dever de cuidar de seus filhos. As atribuições do poder familiar pertencem a ambos, independente da modalidade de custódia adotada. No entanto, o deferimento preferencial às mulheres, ao longo do tempo, demonstra que a igualdade ainda não é plena, buscando a guarda compartilhada reconhecer os deveres e os direitos inerentes ao exercício do poder-dever familiar. Sob essa ótica, verifica-se certa confusão na doutrina e na jurisprudência sobre aspectos importantes, como a divisão equilibrada do tempo de convívio e a obrigatoriedade do compartilhamento mesmo em casos litigiosos. As questões significativas colocadas pela Lei nº 13.058/2014 sinalizam a necessidade de amadurecimento de forma que a jurisprudência possa definir o alcance das disposições legislativas para que os melhores interesses das crianças e dos adolescentes sejam sempre garantidos. Enquanto esse amadurecimento está em fase de construção, a mediação e a análise dos casos concretos, à luz dos princípios constitucionais, têm o condão de respaldar as decisões dos juízes nessas difíceis situações.

Palavras-chave: Família. Princípios Constitucionais. Dignidade da Pessoa Humana. Convivência Familiar. Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Poder-Dever Familiar. Guarda. Guarda Compartilhada. Lei nº 13.058/2014.

ABSTRACT

This investigation is going to address the institute of family's power and the modalities of custody, especially joint custody, in the Brazilian legal system, as well as the changes introduced by Law 13.058/2014, based on constitutional principles. Bibliographic research is carried out by studying the doctrine and legislation related to the subject, as well as jurisprudence on the subject, in order to exemplify certain specific situations. The concept of the contemporary family is discussed, as well as its influences, mainly those coming from the Roman Law. In addition, it is described the constitutional principles applicable to Family Law, in particular the importance of the principle of the dignity of the human person and their prominent position in the system, are characterized as a macro-principle by which the other principles are guided, namely: Principles of equality, family solidarity, family coexistence, affectivity and the principle of the best interests of children and adolescents. Family coexistence aims to ensure that affective bonds remain intact with the dissolution of the conjugal society, since the parental relationship remains unchanged. In this sense, the new male role in the face of the feminist movement and the entry of women into the labor market, as well as the removal of guilt as a determinant in judicial decisions about custody, leads to the understanding that both parents also have the right and the duty to care for their children. The attributions of family power belong to both, regardless of the modality of custody adopted. However, the preferential deference to women over time demonstrates that equality is not yet complete, seeking shared custody to recognize the duties and rights inherent in the exercise of family power-duty. From this point of view, there is some confusion in doctrine and jurisprudence on important aspects, such as the balanced division of living time and the compulsory sharing even in litigious cases. Significant issues raised by Law 13.058/2014 indicate the need for maturation so that jurisprudence can define the scope of legislative provisions so that the best interests of children and adolescents are always guaranteed. While this maturation is under construction, mediation and analysis of concrete cases, in the light of constitutional principles, can support judges' decisions in these difficult situations.

Keywords: Family. Constitutional principles. Dignity of human person. Family Living. Best Interests of Children and Adolescents. Family Power-Duty. Custody. Joint Custody. Law nº 13.058/2014.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 FAMÍLIA E TUTELA JURÍDICA, OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	13
1.1 UM POSSÍVEL CONCEITO DE FAMÍLIA.....	14
1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA.....	23
2 O PODER FAMILIAR – UM PODER-DEVER DECISIVO PARA O DESENVOLVIMENTO DOS FILHOS.....	37
2.1 A DIMENSÃO CONTEMPORÂNEA DO PODER-DEVER FAMILIAR.....	37
2.2 EXTINÇÃO E SUSPENSÃO DO PODER-DEVER FAMILIAR.....	53
3. DAS MODALIDADES DE GUARDA E APONTAMENTOS ACERCA DA APLICAÇÃO DO COMPARTILHAMENTO.....	65
3.1 A TIPOLOGIA DA GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO.....	68
3.2 COMPARTILHAMENTO DA GUARDA: QUESTÕES SIGNIFICATIVAS.....	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	103

INTRODUÇÃO

O Direito está intrinsecamente conectado com o cotidiano dos indivíduos, sendo a forma que a sociedade instituiu para dirimir os conflitos. Está sempre em adaptação, moldando-se às estruturas sociais vigentes à época e à comunidade na qual se insere. Nos casos em que há o envolvimento de crianças e de adolescentes, o Direito possui importante papel, pois é o instrumento utilizado para indicar o melhor caminho, quando não se encontra a solução no interior da família, possibilitando que essas gerações vindouras desenvolvam-se sadiamente.

Visando a garantia dos interesses dos vulneráveis, o ordenamento jurídico utiliza-se de princípios gerais que devem nortear as decisões, de forma a interpretar as leis de acordo com as situações concretas, para que injustiças não sejam cometidas.

O presente estudo pretende analisar o instituto da guarda compartilhada, em face das novas características adquiridas com o advento da Lei nº 13.058/2014. Pelo exame da doutrina e da legislação sobre o tema, busca-se compreender se o compartilhamento da guarda tem o condão de garantir às crianças e aos adolescentes a proteção de seus interesses.

Sob a ótica dos princípios constitucionais, salienta-se a importância do estudo da guarda, uma vez que não se trata de questão jurídica com poucos efeitos práticos, mas de situação que influencia diretamente na formação do caráter dos indivíduos, em especial de crianças em fase de amadurecimento. Crescer em um ambiente saudável e possuir laços afetivos sólidos proporciona aos filhos uma vida mais feliz e completa.

Desde há muito se compreende que a responsabilidade dos pais não cessa com o nascimento dos filhos; é necessária a participação ativa na vida dos rebentos, de modo a constituir, conjuntamente, laços afetivos firmes e valiosos. Neste diapasão, a título introdutório, calha mencionar a analogia das relações familiares com o diamante. De fato, este mineral, apesar de ser formado pelo mesmo elemento que o grafite, tem valor imensamente superior. Isso porque, enquanto o segundo é facilmente destruído, o primeiro possui sua estrutura vigorosamente unida. O mesmo ocorre com as relações familiares. A convivência familiar e o fortalecimento das relações de afeto possibilitam que

os genitores façam parte da vida de seus filhos. Isso permite que estes desenvolvam suas faculdades, tornando-se adultos preparados para o mundo, com a força e brilho, tais quais as características do mineral suso referido.

Crianças e adolescentes inseridos num contexto familiar disfuncional têm chance maior de se transformarem em adultos infelizes e que não consigam desenvolver plenamente as suas capacidades. Por esse motivo, a própria sociedade obtém benefícios com a conquista dos resultados almejados pelo compartilhamento da guarda.

Nesse contexto, o primeiro capítulo aborda a origem da família e as influências históricas que essa recebeu, desde o período da antiguidade clássica até os dias atuais. Destaca-se em especial a existência do pátrio poder no Direito Romano, bem como as características religiosas e políticas que a família brasileira herdou da forma de organização social daquele período histórico. Ademais, além da família romana, peculiaridades de origem germânica e canônica também influenciaram na forma como a família brasileira se apresenta na contemporaneidade. Ressalta-se a constitucionalização do conceito de família, bem como dos deveres a ela atribuídos, pelas tutelas dos artigos 226 e 227 da Constituição Federal, bem como o reconhecimento e as modificações sociais no tempo e no espaço que o conceito de família adquire, uma vez que não pode ser isoladamente compreendida e analisada, pois constitui essencial engrenagem da máquina social.

A família brasileira, conforme constitucionalmente prevista, deve ser guiada sob a ótica dos princípios contidos na Carta Magna, motivo pelo qual são estudados os princípios norteadores do Direito de Família, quais sejam, os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da afetividade, da convivência familiar, da igualdade e do melhor interesse da criança e do adolescente, de forma a entender se a aplicação da guarda compartilhada, em especial em decorrência do seu caráter obrigatório e preferencial trazido pela Lei 13.058/2014, respeita os valores constitucionalmente previstos.

Para que se possa compreender o funcionamento da família contemporânea e as implicações das diferentes modalidades de guarda na dissolução da sociedade conjugal, é importante entender o funcionamento da relação parental. Com esse intuito, no segundo capítulo, é analisado o poder familiar, bem como suas formas de exercício, hipóteses de suspensão,

extinção e perda, sempre destacando as implicações destas, ao instituto da guarda compartilhada.

Examina-se a dupla esfera de atribuição do poder familiar, o qual é tanto poder, quanto dever. Nesse sentido, necessário destacar as variadas denominações doutrinárias emprestadas ao instituto: poder familiar, autoridade parental, responsabilidade parental, pátrio poder e pátrio dever. Nesse estudo, todas as formas são utilizadas. No entanto, evidencia-se a expressão “poder-dever familiar”, a qual é mais condizente com o real caráter do instituto, bem como se aproxima da forma escolhida pelo Código Civil, que utiliza o termo “poder familiar” nos artigos que lhe dão regência.

No que se refere ao exercício do poder familiar, o afeto deve nortear as relações, de forma que os atributos deste, principalmente a guarda, garantam a dignidade dos vulneráveis e o melhor atendimento dos interesses dos filhos. O princípio da igualdade apresenta-se, no estudo da autoridade parental, pela manutenção de ambos os genitores de todas as suas prerrogativas e deveres parentais, independente da dissolução da sociedade conjugal. A entrada da mulher no mercado de trabalho, o afastamento da culpa nas questões relativas aos filhos e ao divórcio, bem como a nova perspectiva masculina em face das organizações familiares atuais, demonstram que homens e mulheres encontram-se igualmente aptos a gerir a vida de sua prole, sendo, possivelmente, a guarda compartilhada uma forma de permitir que os pais de filhos em comum prestem, conjuntamente, assistência material, moral e educacional a seus filhos.

Por fim, no terceiro capítulo, são examinadas as diferentes modalidades de guarda aceitas pelo ordenamento jurídico brasileiro: guarda unilateral, guarda alternada e guarda compartilhada. Diferencia-se guarda alternada e guarda compartilhada, e também se investiga a dissociação entre guarda e poder familiar, uma vez que a primeira é forma de exercício do segundo, sendo apenas atributo deste. Por vezes, esses institutos são confundidos, sendo esse um dos principais motivos gerador de discórdia na esfera familiar.

No ano de 2008, a Lei nº 11.698 trouxe substanciais modificações no instituto da guarda no Brasil, introduzindo a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, de forma preferencial. Em 2014, com a Lei nº 13.058, a guarda compartilhada tornou-se a regra, inclusive em situações de

litígio, nas questões de disputa decorrente de dissoluções conjugais. Além da questão da obrigatoriedade, outros aspectos importantes foram colocados em evidência, como a necessidade de tempo de convívio equilibrado, a fixação de cidade base de moradia dos filhos, entre outras questões significativas.

É delineada, também, a possibilidade de solicitação de prestação de informações, bem como de contas, decorrente do dever de prestação alimentícia. Além disso, discorre-se, brevemente, acerca da alienação parental e indica-se a mediação como uma possível alternativa na solução dos conflitos.

Com o advento dos diplomas legais, sobrevém a seguinte pergunta: a guarda compartilhada é a forma mais adequada de zelar pelo melhor interesse da criança e do adolescente? A resposta não é simples e diversos fatores devem ser levados em conta. O objeto desse estudo é a análise de qual forma a doutrina se posiciona quanto a este tema, utilizando-se de alguns precedentes importantes como forma de exemplificar certas questões pontuais, bem como o exame das recentes modificações trazidas pela Lei nº 13.058/2014, de forma a verificar a possibilidade do instituto da guarda compartilhada ser o melhor instrumento a proteger os interesses dos vulneráveis.

1 FAMÍLIA E TUTELA JURÍDICA, OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

As relações entre os indivíduos encontram-se presentes nos mais diversos aspectos da vida, afinal vivemos em sociedade. Existimos enquanto pessoas e possuímos características individuais, as quais se mostram para o mundo através do modo como nos relacionamos com os outros.

A família é o primeiro núcleo no qual nos inserimos e ela molda o nosso caráter, influenciando a forma como iremos nos portar para o resto de nossas vidas. Por isso, falar sobre família é algo extremamente complexo, raramente sendo as situações familiares de fácil ou simples resolução, devendo o Direito interpretar as diversas nuances da cor cinza existentes, uma vez que nada é preto ou branco.

Ao falar no instituto familiar, deve-se ressaltar que a evolução do Direito de Família transformou este em um instrumento de promoção da dignidade de cada um de seus membros, buscando sempre o respeito nas interações e na realização do núcleo familiar como um todo, e de cada um dos membros deste em específico. Nesse sentido, veio à tona a visão eudemonista da família, sendo esta considerada um espaço de realização plena, de afeto recíproco e de respeito mútuo.¹

No entanto, essa idealização eudemonista é ameaçada pela realidade, por vezes impetuosa e desumana. Os casos de violência doméstica e de alienação parental são apenas exemplos do modo deturpado no qual as relações familiares podem se transformar. No que se refere à alienação parental e à problemática da guarda, principalmente em famílias desestruturadas em face da dissolução da sociedade conjugal, a guarda compartilhada surgiu como alternativa à solução dos conflitos.

O estudo da doutrina e da jurisprudência acerca do instituto da guarda compartilhada, na esteira da recente legislação, é de extrema importância para que as novas regras sejam aplicadas de forma a garantir que as crianças e os adolescentes tenham seus interesses atendidos. Para isso, é essencial que se realize essa análise a partir dos princípios constitucionais, tendo em vista as peculiaridades específicas da família pátria.

¹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 35.

Neste capítulo serão analisadas as principais características da família brasileira, bem como as influências advindas da família romana, germânica e canônica. Destaca-se que a família de décadas passadas era baseada num conceito patriarcal de sociedade, fundamentado no casamento, sendo a mulher casada relativamente incapaz², devendo ser assistida pelo marido nos atos da vida civil, o qual possuía, com exclusividade, o então chamado de pátrio poder. Na sociedade atual, a família apresenta-se, ou deveria se apresentar, como lugar de amor, de promoção da dignidade humana, de reconhecimento mútuo e de aceitação.³

O presente capítulo visa, inicialmente, abordar o conceito de família, bem como expor as formas como ela se sobressai no mundo moderno, pontuando as origens que mais a influenciaram. Posteriormente, serão explanados os princípios constitucionais norteadores do Direito de Família, em especial aqueles que se correlacionam com o instituto da guarda compartilhada.

1.1 UM POSSÍVEL CONCEITO DE FAMÍLIA

Para que se possa adentrar no estudo do instituto da guarda compartilhada e suas peculiaridades, é de suma importância, primeiramente, estabelecer sobre quais pilares o Direito de Família brasileiro se sustenta. Nesse sentido, necessário analisar as modalidades familiares que influenciaram na conceituação de sua disciplina jurídica atual.

Neste subcapítulo, serão estudadas determinadas espécies de famílias, desde a antiguidade clássica, passando pelo período feudal, até os dias atuais, de modo que se possa visualizar como o instituto vigente hoje foi moldado. Especialmente quanto à atual família brasileira, aponta Carlos Roberto

² Exemplo disso é o art. 36 do Código Civil de 1916, o qual previa que os incapazes tinham por domicílio aquele de seus representantes, dispondo o parágrafo único que a mulher casada tinha por domicílio o de seu marido, a menos que fosse desquitada.

³ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 33-34.

Gonçalves que esta sofreu influência das famílias romana, canônica e germânica⁴.

A família romana não era necessariamente regida pelas relações de afeto e de nascimento, de modo que um pai que fosse muito afetuoso com sua prole do sexo feminino poderia não lhe legar nenhum bem se assim desejasse e, além disso, a filha casada deixava de fazer parte da família, podendo-se dizer que a família romana sustentava-se no poder marital ou paternal⁵, o qual tinha como princípio e condição a realização do culto doméstico⁶, cujo chefe era o *pater familias*, detentor do papel de sacerdote oficializador da veneração aos deuses domésticos.⁷

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁸ destaca que, no Direito Romano, a família era tida como uma relação entre pessoas ligadas pelo poder do *pater familias*⁹, pelo casamento ou pelo parentesco. Sublinha-se que a expressão *pater* continha um sentido não de paternidade, mas sim de autoridade e de poder, diferentemente da realidade atual.¹⁰

Além disso, é necessário esclarecer que várias eram as espécies de família existentes em Roma, sendo elas: a *gens*, a *familia comuni iure*, o conjunto de cognados em sentido estrito, a *familia proprio iure* e a *familia natural*. No entanto, apesar dessa variedade, o próprio direito corrente à época ocupava-se quase que exclusivamente com a *familia natural* e a *familia proprio iure*.¹¹

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

⁵ COULANGENS, Fustel de. **A Cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 52.

⁶ *Ibidem*, p. 101. O *pater familias* era também o chefe religioso do seu grupamento familiar, consistindo o culto doméstico no exercício da religião sob o comando dessa autoridade, muitas vezes simbolizado pelo fogo, o qual ardia sempre dentro das casas romanas em fogueira eternamente acesa.

⁷ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 31.

⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *O conceito de família e sua organização jurídica. Tratado de Direito das Famílias*. Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 53.

⁹ *Pater familias*: era o chefe de uma família romana. O termo em latim significa "pai de família" ou o "dono da propriedade da família". É o mais antigo ascendente masculino, chefe máximo da organização familiar, possuindo poderes de magistrado perante a família, bem como de gerência dos bens e de chefia religiosa. (OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano**. Canoas. Ed ULBRA. 1998. p. 52.)

¹⁰ COULANGENS, *op. cit.*, p. 102.

¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p 602. Quanto às espécies familiares, esclarece o autor que a *gens* constituía-se por membros que julgavam descender de um antepassado em comum. A *familia comuni iure* seria formada

A *familia proprio iure* referia-se ao conjunto de pessoas submetidas à *potestas*¹² de um mesmo *pater familias*, enquanto que a *familia natural* concentrava-se no grupo constituído pelos cônjuges e seus filhos, sendo mais próxima do que conhecemos atualmente como família em sentido estrito.¹³

Essas modalidades de famílias primitivas romanas, definidas por Carlos Roberto Gonçalves como “unidades econômicas, religiosas, políticas e jurisdicionais”, submetiam-se à autoridade exercida pelo *pater familias* sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre sua esposa e sobre as mulheres casadas com *manus*¹⁴ com seus descendentes¹⁵.

Como chefe religioso, o *pater familias* possuía a responsabilidade de perpetuar a organização familiar através da manutenção do culto, simbolizado pela fogueira (brasa) acesa constantemente no interior das casas romanas, as quais simbolizavam uma religião doméstica que se transmitia pelo lado masculino, pelo parentesco entre os agnados.¹⁶

Com o passar dos tempos, uma gradativa mudança ocorreu na sociedade, de modo que o poder absoluto do *pater familias* perdeu força¹⁷, através da abolição do parentesco agnático, consolidando-se a família formada pelo parentesco cognático¹⁸, sendo aproximado cada vez mais do modelo atual de família em sentido amplo¹⁹. Assim, as regras impostas às

por um conjunto de pessoas, ligadas por parentesco agnático, subordinadas ao mesmo *pater familias*, enquanto os pertencentes ao *conjunto de cognados em sentido estrito* seriam ligados apenas pelo parentesco consanguíneo.

¹² *Potestas* possui o sentido de poder geral de mando sobre os membros de uma mesma família. (OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano**. Canoas. Ed ULBRA. 1998. p. 53).

¹³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p 602.

¹⁴ *Manus* consiste no poder exercido sobre a mulher e as noras. (OLIVEIRA, *loc. cit.*)

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, 9 Ed.São Paulo: Saraiva, 2012, p.31.

¹⁶ COULANGENS, Fustel de. **A Cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 48, 103.

¹⁷ ALVES, *op. cit.*, p 603. Apesar da perda de poder com o passar dos anos, o autor ressalta que mesmo na época de Justiniano o poder do *pater familias* não foi completamente extinto.

¹⁸ Existiam duas espécies de parentesco: o cognático e agnático. O primeiro se refere aos descendentes tanto pela linha masculina quanto feminina, ou seja, é o parentesco consanguíneo. Já o segundo, se refere apenas à linha paterna, transmitindo-se pela descendência masculina. (OLIVEIRA, *loc. cit.*)

¹⁹ ALVES, *loc cit.*

sociedades familiares tornaram-se mais brandas, sobrepondo-se os direitos individuais dos cidadãos aos direitos das entidades familiares como um todo.²⁰

Em sua obra clássica *A Cidade Antiga*, Fustel de Coulanges corrobora o entendimento de que, aos poucos, a família romana desvencilhou-se da religião:

À medida que essa velha religião se enfraquecia, a voz do sangue falava mais alto, e o parentesco pelo nascimento foi reconhecido de direito. Os romanos chamaram *cognatio* a esse tipo de parentesco absolutamente independente das regras da religião doméstica.²¹

José Carlos Moreira Alves, por seu turno, destaca que, com as mudanças sociais ocorridas no período finais do Império Romano, tal como a já citada abolição do parentesco agnático, os poderes previamente exercidos pelo *pater familias* enfraqueceram-se, sendo aproximados dos atributos existentes no que hoje se entende como pátrio poder, caracterizado pelo poder educativo e corretivo da autoridade parental.²²

Desse modo, o objetivo então reunido nos poderes do *pater familias*, era exatamente o de perpetuar essa família, mantendo o culto aos mortos daquela entidade familiar, de modo a continuar a descendência masculina, sendo o divórcio, no caso de esterilidade, por exemplo, um direito.²³ Esse instituto, no entanto, sofreu algumas alterações ao logo do tempo. Segundo Priscila Fialho Tsutsui, na Roma Antiga:

As pessoas se casavam para cumprir o dever cívico de ter filhos legítimos a quem transmitir a herança e, assim, perpetuar a família, o patrimônio e o núcleo de cidadãos e também para obter o dote. O divórcio era tão informal quanto o casamento e havia grande frequência de divórcios.²⁴

Quanto à ocorrência do divórcio, alguns autores sustentam que os romanos consideravam necessária a *affectio* não só no momento da celebração do casamento, mas enquanto este perdurasse. Logo, a ausência de

²⁰ NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. **A Instituição da Família em a Cidade Antiga/ Fundamentos de História do Direito**. Antonio Carlos Wolkmer (organizador) – 6 Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 128.

²¹ COULANGENS, Fustel de. **A Cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 71.

²² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p 621.

²³ COULANGENS, *op. cit.*, p. 60-63.

²⁴ TSUTSUI, Priscila Fialho. **Paterfamilias, casamento e divórcio na Roma Antiga**.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,paterfamilias-casamento-e-divorcio-na-roma-antiga,45892.html> Acesso em: 25/07/2016.

convivência e o desaparecimento da afeição seriam causas necessárias da dissolução do casamento pelo divórcio.²⁵

Em sentido contrário, Fustel de Coulanges constata que a manutenção da entidade familiar, naquele período histórico, não provém da afeição natural, destacando que a *affectio* poderia até existir nos relacionamentos, porém dela o Direito não se ocupava.²⁶ Nesse sentido, a ausência de *affectio* não seria uma causa necessária e obrigatória de divórcio, uma vez que o objetivo de perpetuação da família permanecia vigente.

Por sua vez, José Carlos Moreira Alves concorda que o divórcio não seria frequente, ressaltando alguns casos excepcionais: *nos tempos primitivos, segundo parece, o divórcio foi raro, em virtude da severidade de costumes. O marido não repudiava a mulher a não ser nos poucos casos admitidos.*²⁷

O autor reconhece, entretanto, que a prática não foi vedada:

Com a relaxação dos costumes, nos fins da república, os divórcios se tornaram frequentes [...] Foram os imperadores cristãos – e isso como reflexo da doutrina da igreja sobre a indissolubilidade do matrimônio – que começaram a combater o divórcio, sem, no entanto, chegarem a proibi-lo.²⁸

Ainda, importante assinalar que o divórcio pelo consentimento comum entre os cônjuges permaneceu livre até a época do imperador Justiniano.²⁹ Nesse aspecto, reside uma substancial diferença do conceito de família existente no Direito Romano e no Direito Canônico, o qual é alicerçado nos preceitos cristãos. Assim, para o segundo, o casamento é indissolúvel, realizado em forma de sacramento eternizado, sendo o divórcio canônico admitido apenas em raríssimas hipóteses, como, por exemplo, no caso de abandono.³⁰

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6, Direito de Família.** 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

²⁶ COULANGENS, Fustel de. **A Cidade antiga.** São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 52.

²⁷ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2012. p. 670.

²⁸ *Idem.*

²⁹ O governo de Justiniano se deu entre os anos de 527 e 565. Foi o último imperador do baixo império romano. Sua morte agravou ainda mais o processo de decadência do Império Romano, já extremamente enfraquecido. Disponível em:

https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/616722/mod_resource/content/2/aula%20%20-%20Gilissen.pdf Acesso em: 22/09/2016.

³⁰ WELTER, Belmiro Pedro. *A secularização do Direito de Família* In **Direitos Fundamentais do Direito de Família.** Coordenador Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 91.

Por fim, importante reiterar sobre o período romano que, com o passar do tempo, a sociedade sofreu diversas mutações. Houve a cristianização do Império, bem como o início de uma decadência política e cultural, que ficou conhecida como o período do Baixo Império (*dominato*)³¹. A falência do sistema escravagista, o abandono da utilização da moeda em razão da sua desvalorização, a indisciplina do exército (composto majoritariamente por mercenários estrangeiros), as rebeliões internas e as fugas em massa dos cidadãos das cidades em direção ao campo em busca de proteção fornecida pelos grandes proprietários de terras, fragmentou o já fragilizado Império, facilitando o surgimento do feudalismo, marcado pelos ideais cristãos.³²

As transformações sociais ocorridas durante séculos culminaram com a vitória do cristianismo, sendo este um essencial marco do fim das sociedades antigas e de suas crenças e culturas como se conhecia até aquele momento³³. Ademais, o desaparecimento da antiga forma de constituição familiar brevemente analisada anteriormente, ensejou o distanciamento da qualidade sacerdotal atribuída ao comandante da família (*pater familias*), modificando a sociedade humana como se conhecia.³⁴

Desse modo, com a queda de Roma e o advento da Idade Média, conforme analisa Carlos Roberto Gonçalves, as relações de família passaram a ser regidas exclusivamente pelo Direito Canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido. O autor ressalta ainda que, embora as normas romanas continuassem a exercer influência considerável nessa época, principalmente no que se refere ao pátrio poder e às relações patrimoniais entre os cônjuges, observou-se também uma crescente relevância de regras de origem teuta³⁵.

A família germânica³⁶ baseava-se no pátrio poder³⁷, tendo características predominantemente rudimentares e não escritas, um Direito

³¹ NETO, Francisco Quintanilha Vêras, **Direito Romano Clássico: seus institutos jurídicos e seu legado - Fundamentos de História do Direito/Antonio** Carlos Wolkmer (organizador). 6 Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 143.

³² *Ibidem*, p. 155.

³³ COULANGENS, Fustel de. **A Cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 402.

³⁴ *Ibidem*, p. 409.

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 32

³⁶ Não obstante que a contribuição do Direito Germânico ao conceito atual de família não seja tão significativa quanto a contribuição proveniente do Direito Romano, é necessário ao menos citá-lo, para que se possa compreender de forma mais abrangente a realidade atual da disciplina existente no Brasil.

essencialmente consuetudinário, baseado nos costumes vigentes à época. Alexandre Ribas de Paulo ensina:

A coesão grupal, cerne da organização sociopolítica das sociedades germânicas era denominado de sippe (estirpe, comunidade de sangue) e representava a família em sentido lato.³⁸

O autor destaca também que, com o surgimento das autoridades feudais e a miscigenação dos povos romanos e germânicos, veio à tona um profundo pluralismo jurídico, marcado pela ausência de fontes escritas, com características predominantemente consuetudinárias.³⁹

Conforme já destacado, a família sob a ótica da sociedade feudal sofreu massiva influência da Igreja Católica. Assim, quanto às influências da dogmática canônica, durante a Idade Média, destaca-se que a Igreja possuía o monopólio da produção intelectual e jurídica. Além disso, os tribunais eram pressionados a julgar litígios sob a ótica do direito canônico, sendo as situações de Direito de Família, bem como casos referentes aos casamentos, julgadas por cortes eclesiásticas.⁴⁰

Do exposto, pode-se perceber que a família brasileira foi influenciada pelos institutos acima brevemente analisados, possuindo características peculiares. O estudo desses aspectos que a constituem, bem como de determinados acontecimentos históricos que a moldaram, permite que seu conceito seja compreendido e analisado sob as mais variadas perspectivas. Dessa forma, a evolução ocorrida ao longo dos séculos no grupamento familiar viabilizou a definição dos atributos observados nos dias atuais.

Neste ponto, é primordial assinalar que o conceito atribuído à família é alterado com o passar do tempo e em relação ao local no qual se insere. Por isso, pode-se dizer que, conforme salienta Maria Berenice Dias, a família não está em decadência, uma vez que consiste em expressão, bem como consequência das transformações sociais da sociedade, estando

³⁷ FILHO, Washington Luiz Gaiotto. **Evolução Histórica envolvendo o Direito de Família**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10108 Acesso em: 25/07/2016.

³⁸ PAULO, Alexandre Ribas de. **Fundamentos de História do Direito/ Antonio Carlos Wolkmer (organizador)**. 6. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 247.

³⁹ *Ibidem*, p. 255.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 272-273.

intrinsecamente conectada aos interesses mais valiosos da pessoa humana, tais como: afeto, confiança, amor, lealdade, respeito e solidariedade.⁴¹

A família brasileira atual não possui a mesma definição que detinha no século passado, sendo, por exemplo, o casamento uma instituição indissolúvel até as últimas décadas do século XX.⁴² Além disso, a estrutura da família contemporânea brasileira difere-se, por exemplo, das famílias orientais. Isso porque ela decorre diretamente do modo como certa sociedade se organiza e, principalmente, como esta pensa e enxerga o mundo no qual se estabelece.

Nesse sentido, Friedrich Engels leciona que a família é produto do sistema social e refletirá o estado da cultura desse sistema, acrescentando que a esta deve progredir à medida que a sociedade na qual se insere evolua, modificando-se conforme se transforme a sociedade.⁴³

Por meio dessa perspectiva, deve-se analisar a ótica sob a qual a família brasileira deve ser estudada, uma vez que não pode ser isoladamente compreendida, pois constitui essencial engrenagem da máquina social.

No Direito Brasileiro, a Constituição Federal de 1988⁴⁴ define em seu artigo 226, que a família é a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado. De acordo com a tutela constitucional, têm-se as seguintes disposições:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

~~§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.~~

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p 33.

⁴² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *O conceito de família e sua organização jurídica. Tratado de Direito das Famílias*/Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 54.

⁴³ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**: 9. Ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A. 1984. p. 91.

⁴⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 25/07/2016.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Quanto ao modelo atual, Rolf Madaleno entende que a família *stricto sensu* compreende os consanguíneos em linha reta e os colaterais delimitados até o quarto grau, enquanto que a família em um sentido mais restrito, no modo como mais comumente se visualiza no contexto social, abrange o grupo formado pelos pais e por seus filhos, em número cada vez mais diminuto de componentes.⁴⁵

Nota-se, no entanto, certa limitação ao se definir uma família como apenas um conjunto de indivíduos. Isso porque, com as mudanças do mundo contemporâneo, tal conceito tornou-se mutável, intangível e impossível de ser adequado a uma definição estreita e rígida. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka assinala o evidente problema existente em conceituar a família brasileira, qual seja a limitação de fenômenos sociais por padrões pré-definidos, ignorando-se fatos sociais essencialmente representativos das famílias, por não se encaixarem na letra fria e intransigente prevista na legislação.⁴⁶

Deve-se, portanto, examinar a família brasileira e as aplicações decorrentes dessa conceituação sob a ótica dos princípios fundamentais, de modo que os textos legais não se tornem meros invólucros de direito positivado, sem valor real e que possam, efetivamente, acompanhar a realidade e a evolução social da família, para que se garanta, principalmente, a eficácia da dignidade da pessoa humana, princípio maior da carta magna do Brasil.⁴⁷

⁴⁵ MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família**: 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 35.

⁴⁶ HIRONAKA, Giselda Maria. *O conceito de família e sua organização jurídica*. **Tratado de Direito das Famílias**. Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p.53

⁴⁷ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.35.

Por fim, antes de adentrar na análise dos princípios constitucionais aplicáveis a essa delicada área do Direito, cabível a citação do pensamento exarado por Mônica Guazelli, que resume as ideias acima apresentadas:

Com efeito, a família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui, tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isto, a sua proteção pelo Estado.⁴⁸

Assim, a evolução da entidade familiar ensejou a proteção estatal, que é feita com base nos princípios constitucionais a seguir estudados. Por derradeiro, a autora acrescenta que a família não mais se comporta como um núcleo de poder financeiro e com o único objetivo de garantir a reprodução e a continuidade da família, como ocorria nas organizações familiares romanas, mas sim se apresenta como uma entidade substancialmente preenchida por novos atributos e qualidades, como o amor, o companheirismo e a solidariedade. O Direito, nesse diapasão, deve encontrar as respostas aos novos questionamentos causados por essa renovada realidade formada por um recém-adquirido horizonte de múltiplas direções.⁴⁹

1.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO DE FAMÍLIA

Observadas as características basilares do conceito contemporâneo de família, bem como a pluralidade de opções que tal conceituação compreende e as influências históricas que o moldaram, cumpre destacar os princípios constitucionais aplicáveis ao Direito de Família. Isso porque a interpretação das leis sob a ótica dos princípios constitucionais permite a atribuição de valores ao ordenamento jurídico, bem como de sentido às regras deste, uma vez que viabiliza a fluidez do sistema, tornando menos rígidas as normas positivadas que o compõem.⁵⁰

Nesse sentido, cabe destacar os apontamentos de Rodrigo da Cunha Pereira, o qual afirma que os princípios possuem a capacidade de organizar o

⁴⁸ GUAZELLI, Mônica. *O princípio da igualdade aplicado à família* In **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno (Coordenadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 332.

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ CRUZ, Maria Luiza. *Visão em Razão dos Princípios Fundamentais do Direito*. In: Mário Delgado e Mathias Coltro (Coordenadores). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 217.

Direito positivado, bem como coibir eventuais injustiças, preenchendo lacunas existentes, uma vez que traduzem o espírito emanado pela Constituição, objetivando a construção de uma verdadeira ordem civil-constitucional, em especial no campo do Direito de Família, o qual, por vezes, sofre com o estigma da moral e dos bons costumes.⁵¹

Por ser essa área do Direito um dos campos mais humanos da esfera jurídica, crucial a distinção entre ética e moral, em prol da plena aplicação dos princípios constitucionais. Nesta seara, Rodrigo da Cunha Pereira aduz que a ética se traduz como um princípio para o Direito de Família, isso porque valores moralistas, os quais podem carregar estigmas e tornar excludentes determinadas condutas sociais, não devem orientar as decisões jurídicas, pois as afastariam do objetivo principal nesse segmento do Direito, qual seja a conquista do resultado mais justo nos casos concretos. Ademais, a opção pela análise através da ética, em detrimento da moral, possibilita um entendimento da entidade familiar como uma expressão cultural e como fruto da sociedade e não apenas em um conjunto familiar pré-definido e rígido.⁵²

Não somente nesse especial segmento do Direito, mas nos mais diversos ramos, mostra-se imprescindível a interpretação à luz dos princípios constitucionais para um pleno entendimento da matéria e a adequação da legislação às situações concretas. Dessa forma, existem princípios gerais que podem ser aplicados nas mais variadas áreas, possuindo o Direito de Família, segundo Maria Berenice Dias, em face de suas peculiaridades, princípios especiais norteadores das relações das famílias, devendo estes ser levados em consideração para uma ampla compreensão de suas questões, destacando os princípios da solidariedade e da afetividade⁵³.

Por seu turno, Paulo Lôbo ressalta a existência de dois princípios constitucionais fundamentais presentes no Direito de Família: os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade⁵⁴. Acrescenta, ainda, a existência de princípios gerais que sustentam este ramo, entre eles o princípio

⁵¹ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 36.

⁵² *Ibidem*, p. 69 e 89.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p 64.

⁵⁴ LÔBO, Paulo. *Direito de Família e os Princípios Constitucionais*. In **Tratado de Direito das Famílias**. Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p 108.

da igualdade, da liberdade, da convivência familiar e do melhor interesse da criança.

Nesse contexto, a importância do exame dos princípios constitucionais no escopo do presente trabalho reside na necessidade de entender se as disposições trazidas pela Lei nº 13.058/2014⁵⁵ comportam a efetiva realização dos valores encontrados na Constituição Federal de 1988, possibilitando uma saudável convivência familiar, respeitando a dignidade dos envolvidos, consolidando as relações afetivas de forma igualitária e solidária entre os genitores, de modo a objetivar o melhor interesse dos filhos.⁵⁶ Nessa seara, imperiosa a análise destes princípios.

No que se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se destacar que a noção de dignidade há muito existe na história da humanidade, até mesmo nas ideias dos pensadores no período histórico clássico, como no auge da Grécia e de Roma, bem como no ideário cristão.

Nessa perspectiva, vislumbrava-se uma dupla concepção de dignidade, sendo a primeira relativa à dignidade inerente ao ser humano, em razão de sua posição especial no universo, superior aos demais seres vivos. Sob a ótica cristã, a existência desse destaque absoluto estaria relacionada com uma vivência de acordo com os ditames da religião cristã. A segunda concepção de dignidade era referente à posição social e o ao grau de reconhecimento ostentado por alguém perante os demais membros da sociedade.⁵⁷

Para Ingo Wolfgang Sarlet, há a necessidade de concepção da dignidade humana como um conceito inclusivo:

A dignidade da pessoa humana (independentemente, no nosso sentir, de se aceitar, ou não, a tese da dignidade da vida não humana) há de ser compreendida como um conceito inclusivo, no sentido de que a sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas sim aceitar que do reconhecimento da dignidade da pessoa humana resultam obrigações para com outros seres e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção.⁵⁸

Além dessas considerações acerca da abrangência do conceito de humanidade no âmbito da dignidade, o autor destaca que há grande discussão

⁵⁵ BRASIL. Lei nº 13.058/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm Acesso em: 05/10/2016.

⁵⁶ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 122-123.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 36.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 44.

sobre os limites desta, seu início e seu fim, sendo um exemplo disso as diferentes teses jurídicas quanto à eutanásia, o aborto e a proteção jurídica dos embriões. Deve-se partir, portanto, na atualidade, da premissa básica de que todo homem é titular de direitos, os quais devem ser tutelados pelo Estado. Ademais, em razão da igualdade entre todos os indivíduos, ao menos em tese, os direitos supracitados devem ser reconhecidos por todos e garantidos para todos.⁵⁹

Visando à efetividade da concessão dessas proteções e garantias, a dignidade da pessoa humana foi alçada a princípio fundamental, conforme prevê o primeiro artigo constitucional:

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;⁶⁰

Nesse contexto, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana é elevado à condição de norma fundamental do ordenamento jurídico, o Estado adquire a responsabilidade de assegurar que todos os indivíduos disponham de condições igualitárias de vida, de modo que o mesmo não seja apenas parte do direito positivo, mas sim direito garantido e efetivamente disponível para toda a população.⁶¹

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana reside também na sua abrangência e especial posição perante os demais princípios constitucionais existentes no ordenamento jurídico. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que este consiste em macroprincípio, englobando os demais, pois contém valores primordiais: *[a] dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade.*⁶²

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 45 e 48.

⁶⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html Acesso em 24/10/2016.

⁶¹ SARLET, *ibidem*, p.58.

⁶² CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 94.

Assim, a interpretação da legislação e sua aplicação às situações concretas, principalmente no Direito de Família, devem ser realizadas de modo que os indivíduos possam abrigar-se sob o manto das prerrogativas a todos constitucionalmente atribuídas. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana é utilizado hermeneuticamente para resolver controvérsias, como um parâmetro interpretativo essencial para a solução de diversos casos, sendo até mesmo hierarquicamente superior a outros princípios em razão da sua relevância.⁶³

Na esfera do Direito de Família, essa importância mostra-se ainda mais saliente. Rolf Madaleno destaca a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana perante os demais que fazem parte do sistema:

O Direito de Família tem a sua estrutura de base no princípio absoluto da dignidade da pessoa humana e deste modo promove a sua ligação com todas as outras normas ainda em vigorosa conexão com o direito familista, pois configurando um único sistema e um único propósito, que está em assegurar a comunhão plena de vida, não só dos cônjuges, dos unidos estavelmente, mas de cada integrante da sociedade familiar.⁶⁴

Assim, a promoção do propósito de assegurar a comunhão plena de vida, bem como garantir a dignidade dos envolvidos, se dará por meio de uma adequada interpretação das normas jurídicas em relação às situações familiares específicas. Flávia Piovesan ressalta que essa técnica de interpretação será efetiva se potencializar os princípios fundamentais, em especial o princípio ora estudado, em razão de sua força transcendental em relação ao Direito positivado. Logo, segundo a autora, é esse princípio que unifica o sistema jurídico, conduzindo a ordem constitucional de forma racional, principalmente no que se refere ao Direito de Família em função de todas as suas particularidades.⁶⁵

Por sua vez, Maria Berenice Dias destaca a viabilidade da aplicação desse princípio, pois possui força normativa constitucional, não se encontrando o aplicador da lei refém de legislação infraconstitucional, devendo a

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 99.

⁶⁴ MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família**: 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 50.

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4 ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 421, 424.

interpretação hermenêutica realizada conforme o princípio da dignidade da pessoa humana.⁶⁶

Ainda, sobre a conexão entre direitos humanos e a dignidade, Rodrigo da Cunha Pereira acrescenta:

O Direito de Família está intrinsecamente ligado aos “Direitos Humanos” e à dignidade. A compreensão dessas noções, que nos remetem ao conceito contemporâneo de cidadania, é que tem impulsionado a evolução do direito de família. Cidadania pressupõe não exclusão. Isso deve significar a legitimação e a inclusão no laço social de todas as formas de família, respeito a todos os vínculos afetivos e a todas as diferenças. Portanto, o princípio da dignidade humana significa para o direito de família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares.⁶⁷

Sobressai o caráter inclusivo da família na sociedade contemporânea, construindo-se a dignidade por meio das mais diversas formas de organização familiar. Nesse sentido, é indigno dar tratamento e direitos diferenciados para homens e mulheres, podendo ser citado como exemplo da primazia da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro as transformações realizadas pela Lei nº 13.058/2014.

A guarda compartilhada veio para romper com as velhas concepções familiares, em decorrência da postura adotada pelas mulheres na sociedade atual, bem como em razão do comportamento masculino que, ao longo das últimas décadas, passou a dividir igualmente as tarefas em relação aos filhos, aprofundando os vínculos afetivos. Assim, a quebra dessas antigas fórmulas familiares, com a obrigatoriedade do compartilhamento da guarda, é inspirada no princípio da dignidade da pessoa humana, pela ideia inclusiva de toda a entidade familiar na gestão da vida do filho, se assim atender aos melhores interesses da prole.⁶⁸

Porém, é essencial que se esteja ciente da subjetividade do princípio ora estudado. Isso porque o conceito do que é digno ou indigno depende do ponto de vista de quem analisa. A construção da realidade justa pode variar conforme

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 61.

⁶⁷ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.100.

⁶⁸ CRUZ, Maria Luiza. *Visão em Razão dos Princípios Fundamentais do Direito*. In: Mário Delgado e. Mathias Coltro (Coordenadores). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.p. 214, 215.

o caso. Por esse motivo, também, que o direcionamento jurisprudencial é de suma importância, principalmente no que se refere ao Direito de Família, uma vez que possibilita a visualização prática dos critérios legislativos.⁶⁹ No caso da guarda compartilhada, apenas o amadurecimento das decisões e da doutrina poderá indicar quais serão as melhores soluções existentes para os problemas que irão surgir e estas deverão privilegiar, em especial, a dignidade da pessoa humana.

No que se refere ao princípio da solidariedade familiar, este compreende os deveres recíprocos entre os indivíduos de uma mesma família, decorrendo deste inclusive a imposição que se faz aos ascendentes de prestação de assistência aos seus descendentes, bem como o dever de amparo às pessoas idosas. A obrigação alimentar para com os filhos concretiza a aplicação da solidariedade no âmbito familiar, porém sob a ótica da fraternidade e da reciprocidade.⁷⁰ Rolf Madaleno destaca a importância desse princípio nas relações familiares:

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.⁷¹

A solidariedade está expressamente consagrada em nossa Constituição Federal de 1988, tanto de modo geral, em seu inciso I, do art. 3º, como objetivo fundamental da República, qual seja construir uma sociedade livre, justa e solidária, quanto de maneira especial, no capítulo destinado à família, nos artigos 226, 227 e 230 da CF.⁷²

A alteração da legislação reguladora da guarda compartilhada pela Lei nº 11.698/2008⁷³ e posteriormente pela Lei nº 13.058/2015 busca contemplar o princípio da solidariedade, uma vez que a aplicação preferencial da guarda exclusiva era correspondente a uma visão individualista e não atendia ao

⁶⁹ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.106.

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

⁷¹ MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família**: 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 99.

⁷² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 05/10/2016.

⁷³ BRASIL. Lei nº 11.698/08. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm Acesso em: 05/10/2016.

melhor interesse dos filhos, não se traduzindo na realização da solidariedade no âmbito familiar.⁷⁴

Sobre o princípio da afetividade, verifica-se a sua intrínseca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque, apesar de não estar expressamente previsto no texto constitucional, foi atribuído valor jurídico ao afeto para que fosse possível trazer sentido às novas formas de família existentes no mundo moderno, possibilitando sua existência digna. Maria Berenice Dias aponta, inclusive, que a Lei Maria da Penha definiu família como relação íntima de afeto, acrescentando que o princípio da afetividade apresenta-se como o norteador do Direito das Famílias.⁷⁵ Logo, é imperioso concluir que, ao menos em tese, o núcleo familiar atual deve incluir a existência de afeto, seja ele conjugal ou paternal.⁷⁶ Por isso, acredita-se que os genitores sempre irão buscar a concretização das melhores condições para os seus filhos e não os seus interesses pessoais ou algum tipo de vingança contra o outro pai ou mãe de seu filho em comum.

Essa premissa de presença de afeto nas relações familiares permite que soluções mais justas sejam atingidas, por exemplo, nos casos de litígios que envolvam crianças e adolescentes, tais como discussões acerca da guarda compartilhada, do reconhecimento da paternidade socioafetiva e da responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo.⁷⁷

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, o Estado deve permitir que haja a construção do afeto, por meio da convivência mútua, da proximidade entre pais e filhos, de modo a possibilitar o desenvolvimento humano da prole, baseado no já citado princípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁸

Paulo Lôbo corrobora o entendimento acima, destacando a conexão entre a afetividade e a dignidade humana, de forma a sustentar os relacionamentos familiares, sejam eles originados biológica ou culturalmente:

⁷⁴ LOBO, Paulo. *Direito de Família e os Princípios Constitucionais*. In **Tratado de Direito das Famílias**. Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p.113.

⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 74.

⁷⁶ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.180.

⁷⁷ SILVA, Aurélia Carla Queiroga da; BONIFÁCIO, Artur Cortez, *Repercussão da dignidade da pessoa humana e os desafios da concretização dos princípios estruturantes do direito de família contemporâneo*. In **Direitos Fundamentais & Justiça**. ano 6, nº 19 (abr/jun. 2012), Porto Alegre: HS Editora, 2012, p. 183.

⁷⁸ CUNHA PEREIRA, *op. cit.*, p.188.

O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (art 1º, III) e da solidariedade (art 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.⁷⁹

O autor acrescenta, ainda, que “a afetividade é o indicador das melhores soluções para os conflitos familiares”.⁸⁰ A existência de afeto entre as pessoas, em especial no campo do Direito de Família e nos casos em que os interesses dos filhos estão em questão, oportuniza que se trilhe um caminho no qual deverá haver a nítida prioridade da manutenção dos vínculos afetivos, para que não ocorram prejuízos à formação da prole.

Assim, percebe-se que não necessariamente deve haver a expressa previsão constitucional de um princípio para que ele exista, devendo ser destacada a posição central do macro princípio da dignidade da pessoa humana, para o qual os demais princípios remetem, entrelaçando-se todos em complexa teia jurídica, para que a aplicação do Direito não se distancie da realidade fática e possa encontrar soluções eficazes para casos complexos.

A manutenção dos vínculos afetivos, de modo a promover a dignidade humana, demonstra a necessidade de uma sadia convivência familiar. À luz desse quadro, essencial a análise do princípio da convivência familiar, o qual pressupõe, além da existência de afeto, também uma relação solidária entre os membros do núcleo familiar, de modo a proporcionar vida digna às pessoas:

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.⁸¹

Em que pese a definição acima colacionada, pode-se incorrer no erro de se acreditar que a convivência familiar pressupõe a moradia em conjunto de todos os integrantes do grupamento familiar. No entanto, o princípio da convivência familiar não poderia falhar em abranger a mais variada gama de

⁷⁹ LOBO, Paulo. *Direito de Família e os Princípios Constitucionais. Tratado de Direito das Famílias*/Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 118.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 119.

⁸¹ *Ibidem*, p. 121.

realidades existentes na sociedade. Não se pode esquecer que essa convivência também perpassa o exercício do poder familiar, instituto que será adiante analisado. Dessa forma, importante salientar que a convivência familiar não pode ser tida como objeto de disputa entre os ex-cônjuges, mas como direito recíproco entre pais e filhos, sendo caracterizada uma violação constitucional o impedimento do convívio entre os genitores e sua prole.⁸²

Nessa esteira de orientação, Tânia da Silva Pereira sustenta que o Direito deve guiar a organização da família de modo a proteger, principalmente, aqueles que não possuem discernimento cognitivo:

A família constrói sua realidade através da história compartilhada de seus membros e caberá ao Direito, diante das novas realidades, criar mecanismos de proteção visando especialmente às pessoas em fase de desenvolvimento.⁸³

A autora ressalta, ainda, que “a guarda compartilhada se apresenta, a cada dia, como um novo paradigma na convivência dos pais com os filhos nos processos de separação e divórcio”.⁸⁴ Por isso, é necessário o estudo da guarda compartilhada no que se refere ao tempo de convívio entre pais e filhos, considerando-se, também, o novo papel do homem nas organizações familiares, bem como o papel da mulher perante a sociedade.

Nesse sentido, e para que seja possível a aplicabilidade dos demais princípios até agora estudados, é fundamental que se parta de uma premissa de igualdade entre os indivíduos, principalmente no que se refere à isonomia de gênero, garantia constitucionalmente prevista, principalmente no que se refere à igualdade de direitos e de deveres entre homens e mulheres.⁸⁵ Não se deve olvidar, no entanto, a relatividade do princípio da igualdade. Em um primeiro momento, pode parecer absurdo atribuir à igualdade qualquer forma de relativização. Todavia, seria possível e correto a aplicação da igualdade plena no ordenamento jurídico em relação a entidades familiares com distintos

⁸² LOBO, Paulo. *Direito de Família e os Princípios Constitucionais. Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 122.

⁸³ PEREIRA, Tânia da Silva. *Famílias Possíveis: novos paradigmas na convivência familiar* In **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 648.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 652.

⁸⁵ Tal previsão encontra-se no artigo 5º, I da CF.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 30/08/2016.

funcionamentos e membros? Mônica Guazelli tenta delinear uma resposta para essa complicada questão:

A igualdade de direitos entre homens e mulheres, sem dúvida, é uma conquista importantíssima que se alcançou. Contudo, não se pode simplesmente tratar e aplicar a plena e absoluta igualdade jurídica a homens e mulheres sem considerar as diferenças que podem se fazer presentes.⁸⁶

Situações diferentes merecem tratamentos distintos, não podendo o direito ignorar as especificidades de cada caso. Nesse mesmo sentido se posiciona Maria Berenice Dias, ao destacar que a lei deve considerar todos os indivíduos igualmente, porém deve também enfrentar as desigualdades existentes, para que haja o prevalecimento da igualdade material.⁸⁷

Historicamente, o estabelecimento da igualdade no ordenamento jurídico foi impulsionado pelo declínio do patriarcalismo e pelos movimentos feministas, de modo a desconstruir a concepção submissa da mulher perante a sociedade. Em razão dessas alterações, houve uma transformação nas sociedades conjugais, bem como no cotidiano e na prática das relações jurídicas, não se podendo dissociar os novos parâmetros da guarda e da convivência familiar, influenciados por essa nova realidade.⁸⁸

Nessa seara, o instituto da guarda compartilhada surge como tentativa de promoção da igualdade, sendo expressão e consequência da organização social e conjugal baseada na isonomia de direitos e de deveres dos pais de filhos em comum:

A guarda compartilhada ou conjunta surge, então, como consequência do pós-feminismo e em decorrência de uma redivisão do trabalho doméstico. Ela traz uma nova concepção para a vida dos filhos de pais separados: a separação é da família conjugal e não da família parental, ou seja, os filhos não precisam se separar dos pais quando o casal se separa e significa que ambos os pais continuarão participando da rotina e do cotidiano dos filhos. Essa modalidade de guarda interessa à mãe por retirar dela uma sobrecarga de trabalho, e ao pai para que ele possa verdadeiramente exercer a função paterna [...] Vemos aqui o encontro saudável do princípio do melhor interesse da criança/adolescente em sua melhor conjugação com o princípio da igualdade entre homens e mulheres.⁸⁹

⁸⁶ GUAZELLI, Mônica. *O princípio da igualdade aplicado à família* In **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno (coordenadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 338.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.

⁸⁸ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 148, 149.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 151.

Assim, entende-se que a igualdade no Direito de Família se manifesta das mais variadas formas, até mesmo em tratamentos diferentes, quando a aplicação do princípio da igualdade de forma absoluta ocasionar desigualdade em razão de características peculiares do caso concreto. No caso da guarda compartilhada, no entanto, sua aplicação busca a obtenção da igualdade, com o objetivo maior de garantia do melhor interesse dos filhos. Assim, imperiosa a análise deste princípio.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente surge como bússola a guiar as decisões judiciais no Direito de Família. A própria lei da guarda compartilhada tem como objetivo basilar garantir que o melhor interesse do vulnerável seja salvaguardado. Se a referida lei consegue atingir seu objetivo da melhor maneira, investigar-se-á mais adiante. No momento, cabe analisar esse importante princípio norteador das decisões na esfera do direito de família, em especial nas disputas de guarda.

A base fundamental encontra-se no artigo 227 da Constituição Federal 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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)⁹⁰

A determinação constitucional gera a seguinte pergunta: por que as crianças e os adolescentes merecem proteção especial?

Maria Berenice Dias acredita que a disposição constitucional incorpora a doutrina da proteção integral, de modo que deve ser assegurada prioridade absoluta aos menores de idade em razão de sua maior vulnerabilidade e fragilidade, uma vez que estão em fase de desenvolvimento.⁹¹ Nessa esteira, Rodrigo da Cunha Pereira acrescenta que a criança e o adolescente encontram-se nessa posição por estarem em fase de amadurecimento e de formação de sua personalidade, destacando que a decisão sobre qual será o melhor interesse da criança ou do adolescente pode ser diverso conforme seja

⁹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . Acesso em: 30/08/2016.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.

a sociedade na qual se analisa a situação. Isso porque não se pode estabelecer de forma definitiva o que é melhor para o menor de idade através de padrões pré-definidos, sendo vital a observação das peculiaridades do caso concreto.⁹²

Além da previsão constitucional sobre o tema, essencial destacar a Convenção sobre os Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas, integrada à ordem jurídica nacional pelo Decreto nº 99.710/90⁹³, a qual dispõe que todas as ações, realizadas por instituições públicas ou privadas, bem como tribunais e o poder público, destinadas às crianças, devem ter como objetivo supremo o interesse maior das crianças.

A convenção é inteiramente guiada sob a ótica do princípio da proteção integral dos vulneráveis, bem como à luz do melhor interesse destes. Além disso, destaca-se, também, o Estatuto da Criança e do Adolescente, sancionado pela Lei nº 8.069/90, que em seus artigos 3º e 4º resguarda os melhores interesses dos menores, de modo a dar-lhes proteção integral e especial amparo jurídico.

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.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

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.⁹⁴

Desse modo, pode-se perceber o especial tratamento dado aos menores, de modo a garantir-lhes uma existência digna, repleta de afeto,

⁹² CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 127, 128.

⁹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção dos Direitos das Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm Acesso em: 01/09/2016.

⁹⁴ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em: 01/09/2016.

sendo, na maioria das vezes, a convivência familiar com ambos os pais a melhor alternativa para que se atinja o melhor interesse dos filhos. Nas disputas de guarda, bem como na fixação dos direitos de visitação, as crianças, não raro, são utilizadas como instrumento de vingança por um dos pais e até mesmo como forma de retaliação. Como caminho a ser seguido nesses casos, Rodrigo da Cunha Pereira sublinha que “o critério definidor de guarda é unicamente o bem estar da criança ou do adolescente ou, em última análise, o Princípio do Melhor Interesse do Menor”.⁹⁵ Nesse sentido, a guarda compartilhada surge, em tese, como modelo ideal para que o interesse dos filhos seja sempre supremo. Zelar pelo interesse da criança e do adolescente é garantir a manutenção de sua estrutura emocional, do seu convívio social, bem como cuidar da sua saúde mental e física.⁹⁶

Surge a dúvida: a guarda compartilhada pode não ser sempre a forma mais adequada de zelar pelo melhor interesse do vulnerável? Para se responder a essa pergunta é importante destacar a premissa de que os pais devem propiciar aos seus filhos as melhores condições para o desenvolvimento destes, dentro de suas realidades econômicas, para que possam obter a melhor formação intelectual, afetiva, social, física e moral possíveis. Não obstante a sincera vontade dos genitores de assegurar aos seus filhos as melhores condições de vida, com a conturbação das relações decorrentes da dissolução da sociedade conjugal, o exercício conjunto do poder familiar, pelo compartilhamento da guarda, até mesmo por imposição judicial, pode mostrar-se impraticável, ainda mais se não houver diálogo entre o casal separado.⁹⁷

A questão acima proposta é extremamente complexa e possui respostas que apontam para os mais variados caminhos. Todavia, antes de se adentrar especificamente nessa discussão, primordial o estudo dos institutos do poder familiar e das diferentes modalidades de guarda para que se faça possível o exame das implicações singulares decorrentes das modificações trazidas pela lei da guarda compartilhada para a realidade brasileira.

⁹⁵ CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 133,134.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 134.

⁹⁷ MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família**: 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 720-722. Destaca-se a possibilidade existente no §2º do Art. 1.584 do Código Civil, que permite a imposição judicial da guarda compartilhada nos casos de litígio.

2 O PODER FAMILIAR – UM PODER-DEVER DECISIVO PARA O DESENVOLVIMENTO DOS FILHOS

A análise do instituto da autoridade parental é essencial para o exame das modalidades de guarda, em especial quanto ao compartilhamento desta, objeto do presente trabalho. Isso porque é posição de ampla parte da doutrina que a não detenção da guarda não afasta o poder familiar, uma vez que é um poder-dever de ambos os genitores, independente de sua situação conjugal.⁹⁸ Ademais, a legislação infraconstitucional dispõe que a situação dos filhos não deve ser alterada em razão da mudança da organização conjugal, uma vez que constituem vínculos jurídicos distintos.⁹⁹

O objetivo do presente capítulo é esclarecer de que forma o poder familiar se apresenta, bem como as hipóteses em que este deve ser suspenso ou extinto, de modo que se possa adequar a sua aplicação corretamente à realidade e conhecer as peculiaridades atinentes ao seu exercício, em especial na modalidade da guarda compartilhada.

2.1. A DIMENSÃO CONTEMPORÂNEA DO PODER-DEVER FAMILIAR

Antes de adentrar no estudo do poder familiar propriamente dito, indispensável uma breve abordagem histórica, a fim de evidenciar a evolução conceitual do instituto.

Na Roma Antiga, como já estudado, existia a figura do *pater familias*, o qual exercia a *patria potestas* sobre os seus filhos, quase que de forma vitalícia, sendo tal poder desempenhado de modo extremamente inflexível e severo. Já no direito germânico, o pátrio poder permaneceu importante, porém

⁹⁸ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55-58.

⁹⁹ A inalterabilidade da situação dos filhos em relação aos pais, em decorrência da dissolução da sociedade conjugal se mostra presente em artigos do CC/2002. Nesse sentido: Art. 1.579. O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. 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. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 12/09/2016.

com algumas alterações em relação à realidade romana, não mais perdurando até a morte, mas desaparecendo o controle paterno sobre os filhos com o atingimento da capacidade civil.¹⁰⁰

Já nos dias atuais, sugere-se a utilização da expressão “pátrio dever”, ao invés de “pátrio poder”, uma vez que deveria ser privilegiado o melhor interesse dos filhos e não alguma espécie de vantagem ou de regalia parental.¹⁰¹ O instituto engloba os mais variados direitos e deveres, de modo que Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos destaca a variedade de nomenclaturas aplicáveis à nova realidade do poder familiar:

Diante da nova dimensão adquirida pelo aludido instituto, abandonou-se a denominação tradicional “pátrio poder” ante os resquícios da patria potestas romana, preferindo substituí-la por “poder familiar”, expressão utilizada pelo Código Civil, em 2002, ou “responsabilidade parental”, “poder parental”, “autoridade parental” ou “pátrio dever”, conforme a doutrina faz referência.¹⁰²

Importante salientar que, originalmente, os poderes atribuídos à autoridade parental referiam-se ao seu exercício pelo pai. No entanto, em razão da perda do caráter patriarcal do Direito de Família, por meio da inserção da mulher na sociedade, em detrimento da soberania exercida pela figura masculina, o poder familiar passa a ser exercido por ambos os genitores igualmente.¹⁰³

O Código Civil de 1916 disciplinava o pátrio poder com exclusividade para o pai, uma vez que atribuía à mulher casada *status* de relativamente incapaz para atos da vida civil. A visão deste Código partia de uma concepção oposta ao modelo atual, sendo aquela fundamentada no casamento, enquanto, nos dias de hoje, busca-se garantir a dignidade da pessoa humana nas mais diversas formas familiares, independentemente da relação marital.¹⁰⁴

Diante desse quadro, a percepção sobre a realidade da mulher perante a sociedade e seus direitos e deveres em relação aos seus filhos começou a

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil/** atual. Tânia da Silva Pereira – 23.. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 498.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 499.

¹⁰² RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42.

¹⁰³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: direito de família/** Flávio Tartuce. 10. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 445.

¹⁰⁴ RAMOS, *op. cit.* p. 33, 34.

ser alterada com o Estatuto da Mulher Casada, por meio da Lei nº 4.121/62¹⁰⁵, no qual o marido era considerado chefe da sociedade conjugal, sendo a mulher ainda mera colaboradora e submetida à autoridade de seu marido, porém possuía plena capacidade.¹⁰⁶ No entanto, somente em 1988, com o advento da Constituição Federal, foi instaurada a igualdade entre os cônjuges no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁰⁷

No Código Civil atual, a interpretação conjunta dos artigos 1.631 e 1.632 são claras ao dispor que o poder familiar compete igualmente a ambos os pais, não sendo alterada a relação entre estes e seus filhos em consequência da dissolução da sociedade conjugal, tenha sido ela formalizada pelo casamento ou consistente em união estável. Logo, não mais se encontra a mulher em posição inferior ao homem, competindo a ambos, igualmente, o exercício das responsabilidades relativas à autoridade parental e possível o exercício por apenas um deles na falta ou impedimento do outro.¹⁰⁸

Ainda em relação ao poder familiar, a legislação traz outras disposições específicas sobre o assunto. A Constituição Federal estabelece a igualdade dos direitos e dos deveres atribuídos ao homem e a mulher detentores da autoridade parental, bem como estabelece o dever dos pais, em relação aos filhos, de assistência, de criação e de cuidado, além do inverso dever de

¹⁰⁵ BRASIL. Estatuto da Mulher Casada Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm Acesso em: 12/09/2016.

¹⁰⁶ Sobre esse assunto, Maria Berenice Dias aduz que o Estatuto da Mulher Casada concedeu à mulher plena capacidade, ainda que em condição subalterna à de seu marido, motivo pelo qual foi de significativa importância para a evolução da mulher na sociedade. A autora acrescenta que outras alterações importantes foram realizadas pela Lei do Divórcio de 1977, como por exemplo ter sido tornado facultativo à mulher a adoção do sobrenome do marido, bem como tendo sido possibilitado que o marido pedisse alimentos à mulher. No entanto, destacou que apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 foi instaurada a plena igualdade entre homens e mulheres, filhos e entidades familiares. In DIAS, Maria Berenice. **A mulher casada**. Disponível em: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf Acesso em: 03/11/2016.

¹⁰⁷ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família** – 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 45.

¹⁰⁸ 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. 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 31/10/2016.

amparo devido pelos filhos aos pais na velhice.¹⁰⁹ Na esfera infraconstitucional, encontram-se orientações sobre o tema no Código Civil de 2002¹¹⁰, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹¹.

Nessa esteira, especial importância têm os artigos 1.630 e 1.633 do Código Civil de 2002, que estabelecem que os filhos encontram-se sujeitos ao poder familiar, enquanto menores, sendo reconhecida a exclusividade do poder familiar exercido pela mãe de filho não reconhecido pelo pai.¹¹²

A legislação busca estabelecer as principais características acerca do poder familiar e o modo como ele deve ser atribuído aos genitores. Assim, dispostas essas questões sobre a transformação do instituto do poder familiar ao longo do tempo, bem como realizada breve exposição legislativa sobre o tema, imperiosa a análise do seu conceito contemporâneo pelo ponto de vista doutrinário.

Como já foi salientado no primeiro capítulo desse trabalho, em função dos princípios da afetividade, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, a relação entre os pais e sua prole deve ser baseada no afeto e no cuidado, devendo aqueles ser aptos a auxiliar estes na trajetória da infância até a vida adulta. Não somente deve existir um ambiente de respeito e harmonia, como também de cobrança e aprendizado. Nesse sentido, o poder familiar engloba as mais diversas questões que podem vir a surgir no âmbito familiar, desde a importância do cuidado e da orientação, até as questões patrimoniais, como a administração dos bens dos filhos.

Por isso, vários aspectos podem ser ressaltados quando da análise do conceito contemporâneo emprestado ao instituto. No que se refere ao tema, Flávio Tartuce destaca a importância do afeto para a definição do poder familiar: *poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de*

¹⁰⁹ Art 226, §5º, e Art. 229 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 05/09/2016.

¹¹⁰ Disposições sobre o poder familiar, seu exercício e hipóteses de suspensão e de extinção nos artigos 1.630 a 1638 do CC/2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 05/09/2016.

¹¹¹ Artigo 21 do ECA: O ~~pátrio poder~~ 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. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em: 05/09/2016.

¹¹² Art. 1.630 e 1.633 do Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 06/09/2016.

*família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto.*¹¹³

Baseando-se nesse entendimento, extrai-se que deve haver um equilíbrio nas relações familiares. Isso porque, o pai autoritário que não demonstra qualquer tipo de amor pode ser tão prejudicial para o desenvolvimento saudável de seus filhos quanto aquele pai amoroso, mas que não possui responsabilidades, abandonando sua prole nos demais aspectos inerentes à criação dos vulneráveis.

Nessa mesma linha de entendimento, quanto à importância do equilíbrio nas relações, Paulo Nader destaca que o poder familiar não pode ser definido apenas como poder, sendo essencial o dever inerente à relação existente entre pais e filhos, de modo que o exercício dos atributos do poder familiar contribua para a construção sadia da personalidade e do caráter dos filhos:

Pelo poder familiar, os pais possuem o dever de criar e educar os filhos menores, propiciando-lhes as condições necessárias para se conduzirem, no futuro, com autonomia na dinâmica social. Correlato ao dever, os pais possuem o poder de agir, a fim de prover as necessidades materiais e morais de seus filhos menores.¹¹⁴

Assim, a expressão poder-dever familiar busca abranger as variadas facetas do instituto existente na contemporaneidade, de modo a afastar-se das características originadas no Direito Romano e aproximar-se do modelo atual, o qual visa sempre permitir que os filhos desenvolvam plenamente suas capacidades em um ambiente de convívio saudável e constante com seus genitores.

Isso não significa que os pais devam moldar seus filhos à sua imagem e semelhança, porém quer dizer que aqueles têm o dever de garantir que estes tenham suas necessidades básicas providas, tanto no aspecto material, respeitados os limites condizentes com a situação financeira da família, quanto em relação ao desenvolvimento de suas habilidades cognitivas e emocionais.

Destaca-se que as características protecionistas e assistencialistas adquiridas pelo instituto em relação à prole vão de encontro com o aspecto

¹¹³ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: direito de família** 10. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 445.

¹¹⁴ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 294

autoritário anteriormente atribuído à relação entre pais e filhos.¹¹⁵ Logo, afasta-se do modelo parental opressivo, aproximando-se de uma realidade mais incentivadora do desenvolvimento dos filhos, a qual ocorre de forma afetuosa e compreensiva.

Por sua vez, Paulo Lôbo corrobora o entendimento no sentido de que o poder familiar deve ser exercido com vistas à satisfação do que é melhor para os filhos, enquanto durar a capacidade civil destes: *É o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos.*¹¹⁶

Na prática, é possível constatar que a influência dos pais sobre os filhos pode perdurar por toda uma vida, principalmente nos dias atuais, em que as dificuldades econômicas ou o simples desejo fazem com que os filhos residam com seus pais até avançada idade adulta. Todavia, a autoridade parental é temporária, sendo exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos.

Sobre o afeto que permeia o exercício do poder familiar, Paulo Nader faz alguns apontamentos, ressaltando que a autoridade parental baseia-se muito mais na afetividade e em uma relação natural entre os indivíduos do que em uma negociação contratual entre as partes, isso porque não há qualquer espécie de consentimento entre a criança para a qual é imposto o poder parental e os seus genitores. Assim, destaca que o instituto provém diretamente da relação desempenhada em decorrência da paternidade.¹¹⁷ É importante salientar que essa relação não é necessariamente natural no literal sentido da palavra. Isso porque o poder familiar pode decorrer, por exemplo, da adoção, não possuindo o adotado quaisquer diferenças com o filho natural, motivo pelo qual, após procedido o novo registro, os adotantes adquirem o poder familiar com todos os seus atributos.¹¹⁸

¹¹⁵ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 386.

¹¹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

¹¹⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 386. O autor utiliza o termo paternidade, no entanto, cabível o entendimento extensivo ao termo parentalidade, uma vez que o exercício do poder familiar não é exclusivo dos pais, pertencendo também às mães.

¹¹⁸ Conforme dispõe a legislação que regula a adoção no Brasil, Lei nº 12.010/2009, deve haver a destituição do poder familiar da família natural, após realização de estudo social ou perícia por equipe multidisciplinar, bem como oitiva de testemunhas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm Acesso em: 20/10/2016.

Além das características já ressaltadas sobre a autoridade parental, outros aspectos merecem destaque na análise do instituto. Salienta-se que o Estado não deveria, em princípio, interferir nessa relação privada existente entre pais e filhos, pois possui caráter personalíssimo, sendo de designação exclusiva dos pais, biológicos ou não, e cuja titularidade é indivisível e intransferível.¹¹⁹ Isso quer dizer que compete aos pais o exercício da totalidade do poder familiar, conjunta ou separadamente, não sendo possível a transmissão de suas responsabilidades permanentemente para outrem.

Por óbvio, os pais não estão presentes fisicamente todos os dias na vida dos filhos, por ocorrência de viagens, de obrigações de trabalho ou até mesmo por ocasião do divórcio. No entanto, a titularidade e as responsabilidades inerentes ao exercício do poder parental, como já afirmado, permanecem inalteradas, dizendo-se este, também, intransferível, pois só pode ser suspenso ou extinto.¹²⁰

A indivisibilidade citada não é ferida no caso de divórcio entre os genitores, uma vez que os pais continuam a exercer a totalidade de suas atribuições, o que seria repartido é o exercício das atribuições relativas a cada um. porém ambos ainda são detentores da totalidade do poder familiar, estando aptos a exercer quaisquer das disposições constantes no artigo 1.634 do CC/2002, que são relativas à dinâmica da autoridade parental.¹²¹

Além disso, o poder parental é de caráter transitório, uma vez que não persiste eternamente no tempo, exaurindo-se com o atingimento da maioridade, emancipação, morte ou perda do poder por decisão judicial.¹²²

No que se refere, ainda, à titularidade do poder familiar pelos pais divorciados, Paulo Lôbo esclarece que este pode ser exercido separadamente pelos pais de filhos em comum, o que não equivale, necessariamente, a dizer que será exercido de modo exclusivo por um deles.

É assegurado o poder familiar de pais separados ou que tiveram os filhos fora dessas uniões familiares. Ainda que a guarda esteja sob a detenção de um, o poder familiar continua sob a titularidade de ambos os pais. O que não detém a guarda tem direito não apenas a

¹¹⁹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 390.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ *Ibidem*, p. 386 a 390.

¹²² *Idem*.

visita ao filho, mas a compartilhar das decisões fundamentais que lhe dizem respeito.¹²³

Ademais, o doutrinador destaca que, em caso de desacordo, o judiciário poderá ser acionado para a solução da controvérsia, de modo que os critérios a serem seguidos na educação dos filhos possam ser definidos.¹²⁴

Ainda sobre o poder parental nas situações de divórcios, salienta-se que o vínculo conjugal é diverso do vínculo existente entre os pais e seus respectivos filhos, não sendo justo o entendimento contrário. Logo, todos seriam prejudicados se a dissolução da sociedade marital afetasse a relação existente entre pais e filhos. Por esse motivo, torna-se importante sublinhar novamente a existência de afeto nas relações, uma vez que a opção pelo término do relacionamento parental, por vezes em razão do fim do amor existente, é completamente dissociada da relação de afeto existente entre pais e filhos, que deve perdurar por toda a vida.

Além dessas características relativas à autoridade parental, mais adiante serão analisadas as hipóteses de suspensão e de extinção do poder familiar, que incluem também a determinação judicial da perda do poder familiar, entre outras situações. Ademais, no estudo específico da guarda compartilhada, as peculiaridades quanto ao exercício do poder parental serão de extrema importância para compreensão do instituto e sua adequação aos casos concretos.

Quanto ao exercício do poder familiar, é possível constatar a definição do seu conteúdo no artigo 229 da Constituição Federal, o qual impõe certos deveres e atribui determinados direitos aos pais, em decorrência da autoridade a eles conferida, por força do artigo 1.634 do Código Civil de 2002.¹²⁵ Esse

¹²³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 301.

¹²⁴ *Idem*.

¹²⁵ 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 20/10/2016 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 nº 13.058, de 2014) I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014) VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais

artigo dispõe que compete aos pais o exercício pleno do poder familiar, independente da situação conjugal, o qual engloba a criação e educação dos filhos, o exercício da guarda unilateral ou compartilhada, mesmo que a não detenção da guarda não enseje o afastamento do poder familiar, sendo esta apenas uma das formas de se exercer o poder parental. Ainda, os consentimentos para viajar ao exterior e para casar fazem parte das atribuições da autoridade parental, assim como o consentimento para mudar permanentemente de município. A nomeação de tutor e a representação ou assistência judicial também são funções inerentes ao exercício do poder familiar, sendo permitido aos pais tomar os filhos de quem ilegalmente os detenha, bem como exigir que os filhos lhes prestem obediência, respeito e a realização de serviços próprios de sua idade.

Destaca-se que existem duas esferas nas quais o poder familiar se evidencia, quais sejam, nas relações patrimoniais e nas relações pessoais.¹²⁶ Para o presente estudo, será analisada com mais profundidade a esfera pessoal, uma vez que, principalmente no que se refere à análise da guarda compartilhada, esta relação de afeto (ou falta deste) influencia de modo determinante na formação psíquica e moral dos indivíduos.

No que se refere ao poder familiar no âmbito patrimonial, compete aos pais, também, o exercício deste através da administração dos bens dos filhos.¹²⁷

Quanto ao momento de início do poder-dever da autoridade parental, Paulo Nader salienta que os indivíduos desenvolvem-se desde o surgimento do embrião até a puberdade, passando pela infância, necessitando de auxílio para

não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 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 nº 13.058, de 2014) VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014) IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 20/10/2016.

¹²⁶ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 394.

¹²⁷ Quanto ao aspecto patrimonial do poder familiar, este não será abordado no presente estudo, uma vez que foge ao escopo proposto. Todavia, cita-se que a administração dos bens dos filhos menores é regida pelos artigos 1.689 a 1.693 do Código Civil, cabendo, como regra geral, aos pais o usufruto dos bens dos filhos menores, não sendo este um direito real, uma vez que não têm os pais o poder de alienar ou gravar os bens com ônus real, a menos que seja judicialmente autorizado tal ato, justificadamente, para satisfação de eventual interesse da prole. *Idem* p. 402.

todas essas fases, sendo o registro de nascimento dos filhos, mesmo que não explicitamente mencionado no texto legal, uma faceta do exercício da autoridade parental.¹²⁸ Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos, por sua vez, aponta que o poder familiar é inerente à maternidade e à paternidade, surgindo não com o nascimento dos filhos, mas sim através do exercício do dever parental de registrar o recém-nascido.¹²⁹ No entanto, em que pese o posicionamento doutrinário de que o poder familiar se expressa juridicamente a partir do registro de nascimento da criança, constata-se, no cotidiano, que alguns aspectos já se fazem sentir a partir do descobrimento da gravidez, como, por exemplo, o dever de cuidado e o afeto, ainda que a personalidade jurídica só seja adquirida com a realização do registro civil, a partir da qual decorre o poder familiar.

Quanto à aplicação do poder familiar, o seu conteúdo deve ser analisado sob o prisma do artigo 1.634 do Código Civil. Destaca-se o dever de criação e de educação, presente no inciso I do referido dispositivo, o qual se manifesta tanto pelo ensino proporcionado pelos pais em uma escola condizente com seu nível social e financeiro, quanto pela imposição de limites e de disciplina, através do diálogo entre as partes, com carinho e atenção.¹³⁰

Ainda quanto aos incisos I e II do artigo 1.634 do Código Civil, esses abrangem os deveres de orientação e de cuidado, manifestando-se não somente pela assistência material à prole, mas também pelo dever de companhia e de guarda. Paulo Nader reitera, no entanto, que o divórcio e a separação física dos cônjuges, e até mesmo o não compartilhamento da guarda, não exonera aquele que não coabita a mesma residência do filho, ou que não possui a guarda, de seus deveres inerentes ao poder familiar, não sendo a guarda essência do poder familiar, pois este subsiste até mesmo sem aquela.¹³¹

Relacionado a esse dever de criação, o qual abrange o cuidado e a orientação, existente também o dever de companhia, que gera o direito à convivência familiar. Nesse sentido, o artigo 1.632 do Código Civil prevê o

¹²⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 394.

¹²⁹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família** – 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 46.

¹³⁰ NADER, *op. cit.* p. 394-396.

¹³¹ *Ibidem* p. 395-396.

direito recíproco de companhia de pais e seus filhos nas separações judiciais, nos divórcios e nas dissoluções de união estável. Em decorrência desse direito, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram a possibilidade de indenização por abandono afetivo, sendo a responsabilidade civil ensejada pela ausência de afeto, uma vez que o dever de companhia abrangeria a existência de afetividade nessas relações.¹³²

Além da possibilidade de indenização por abandono afetivo, Flávio Tartuce sublinha que as regras da responsabilidade civil previstas no Código Civil de 2002¹³³ devem ser aplicadas também nos casos em que houver violações por atos ilícitos realizados pela autoridade parental, sem prejuízo de condenação criminal, devendo haver sempre a interpretação das situações à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente. No que tange aos atos ilícitos, o autor destaca sobre o tema a Lei 13.010/2014¹³⁴, também conhecida como Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo, de modo a demonstrar os novos mecanismos que vêm sendo criados para coibir eventuais abusos da autoridade parental, no que se refere, nesse caso, especificamente ao abuso na exigência de obediência, prevista no inciso IX do artigo 1.634 do Código Civil. Ressalta-se, ainda, que a aplicação de medidas determinadas por lei não afasta as demais providências legais, tais como perda do poder familiar e indenizações por prática de atos ilícitos.¹³⁵

Ainda quanto ao inciso IX do artigo 1.634 do Código Civil, a possibilidade de que os filhos prestem serviços condizentes com a sua idade e condição deve ser exercida de forma extremamente cuidadosa para que esta prestação

¹³² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: direito de família**. 10. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 446.

¹³³ Art. 186 e Art. 927 do Código Civil de 2002 trazem disposições acerca da responsabilidade civil por ato ilícito. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 08/09/2016.

¹³⁴ Lei da Palmada: a referida lei acrescentou ao ECA os artigos 18-A, 19-B e 70-A, de modo a estabelecer o direitos das crianças e dos adolescentes de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante. Também batizada de Lei Menino Bernardo, em homenagem ao menino Bernardo Boldrini, vítima de abusos físicos e psicológicos cometidos por seu pai e sua madrasta, foi assassinado em 2014, na cidade de Três Passos no interior do Rio Grande do Sul. Mais de dois anos após o crime, o caso ainda pende de julgamento no Tribunal do Júri. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm e

<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/caso-bernardo-boldrini/noticia/plantao.html> Acesso em: 08/09/2016.

¹³⁵ TARTUCE, *op. cit.*, p. 448.

não incorra em abusos. O objetivo é que a realização de qualquer espécie de serviço contribua para a formação do caráter da prole, consistindo essas atividades, principalmente, no auxílio para a realização de tarefas caseiras de rotina e, em alguns casos, na prática de determinados trabalhos, na forma prevista na legislação trabalhista¹³⁶, de modo a ajudar na economia doméstica, em especial nas famílias de baixa renda.¹³⁷

Importante reiterar que, apesar das previsões e possibilidades acima citadas, o melhor interesse da criança e do adolescente é o princípio que deve guiar as decisões no âmbito dos tribunais, motivo pelo qual os casos concretos sempre deverão ser analisados com cautela para que haja a garantia de existência de condições dignas e condizentes com a idade dos vulneráveis.

No que se refere ao inciso III do artigo em análise, sublinha-se que a concessão do consentimento para o casamento consiste em atributo do poder familiar, sendo possível essa outorga somente para aqueles indivíduos submetidos ao poder familiar, portanto não emancipados, com idades entre 16 e 18 anos.

Isso porque, conforme a Convenção sobre Consentimento para Casamento da ONU de 1962, integrada à ordem jurídica pelo Decreto nº 66.605/70¹³⁸, no Brasil é fixada a idade mínima para contrair matrimônio, sendo, no ordenamento jurídico pátrio, essa idade núbil atingida a partir de dezesseis anos completos de idade.¹³⁹ Dessa forma, é anulável o casamento,

¹³⁶ A Consolidação das Leis Trabalhistas possui um capítulo específico quanto a proteção dos trabalhos dos menores de idade, vedando em especial a realização do trabalho noturno, bem como dispendo sobre a modalidade de trabalho de “aprendiz” para aqueles jovens maiores de 14 anos, sendo proibida qualquer forma de trabalho para crianças menores de 14 anos de idade. Artigos 402 a 410 da CLT. Ademais, os artigos 405 e 406 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõem que o Juiz da Infância e da Juventude pode autorizar o trabalho do menor de idade, sendo, à luz do artigo 114, I, da Constituição Federal, a competência da Justiça do Trabalho para julgar eventuais ações decorrentes de relações de trabalho, ainda que envolvam crianças e adolescente. Destaca-se, ainda, as proibições do trabalho de crianças e adolescentes em locais tidos como prejudiciais a sua saúde e moralidade, exceto se verificada a ausência de prejuízos à sua formação ou se necessário para o seu sustento próprio e de sua família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm Acesso em: 15/09/2016.

¹³⁷ MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família**: 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 728 a 730.

¹³⁸ BRASIL. Decreto nº 66.605/70. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-66605-20-maio-1970-408054-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 13/09/2016.

¹³⁹ BRASIL. Código Civil. Art. 1.517, *caput*: O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto

em regra geral, de quem não tenha completado a idade mínima para casar, pois vedado pela legislação, e do menor em idade núbil que não obtenha o consentimento, salvo no caso de gravidez prevista no artigo 1.520 do Código Civil.¹⁴⁰

No caso em que o menor possui idade núbil, porém ainda está sujeito ao poder familiar, é necessário o consentimento parental para o casamento, devendo os detentores do poder familiar avaliar se o nubente está apto a casar, concedendo-lhe, ou não, a sua outorga. Em caso de negativa de um ou de ambos os detentores da autoridade parental, cabível a dissolução da controvérsia perante o judiciário, momento no qual o juiz fará a sua análise, levando em consideração os princípios constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de modo a conceder ou não autorização judicial para o casamento, suprindo o consentimento parental.¹⁴¹ O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul aplicou a hipótese do artigo 1.520 do Código Civil, de modo a autorizar o casamento, suprindo a idade núbil no seguinte caso:

APELAÇÃO. CASAMENTO. AUTORIZAÇÃO. SUPRIMENTO DE IDADE. SITUAÇÃO QUE SE AFIGURA HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 1520 DO C.C. No caso, o impedimento matrimonial da imaturidade fisiológica não pode se sobrepor à realidade fática apresentada pela relação existente entre a adolescente (com 15 anos e dois meses de idade) e seu pretense esposo, que já "vivem como se casados fossem" há aproximadamente dois anos e já possuem um filho, nascido em 07/11/2013. O direito civil brasileiro atual estabelece que a idade núbil é 16 (dezesseis) anos (CC, art. 1.517). Contudo, a autorização para casamento de menores de 16 anos se admite em hipóteses excepcionais (CC, art. 1.520). DERAM PROVIMENTO.

não atingida a maioridade civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 13/09/2016.

¹⁴⁰ Artigo 1.550 do Código Civil: É anulável o casamento: I - de quem não completou a idade mínima para casar; II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558; IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges; VI - por incompetência da autoridade celebrante. § 1º. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada. § 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 24/10/2016.

¹⁴¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 397.

(Apelação Cível Nº 70061153391, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 25/09/2014)¹⁴²

Na situação descrita, o impedimento para o casamento em razão do não atingimento da idade núbil iria contra os princípios constitucionais, uma vez que os nubentes já viviam juntos há mais de dois anos e possuíam filho de quase um ano de idade, conforme se extrai do Artigo 1.520 do Código Civil.

Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.

Outra hipótese de exercício do poder familiar se dá pela indicação de tutor para os filhos, feita pelos genitores, o qual assumirá a tutela dos filhos caso os pais não estejam aptos a exercer, por ocasião de falecimento de ambos, ou no caso de falecimento de um deles, se o outro não puder exercer com exclusividade o poder parental. Essa disposição encontra-se no inciso VI do artigo 1.634 do Código Civil e se sustenta na ideia de que aquele que detém o poder familiar é capaz de escolher outrem para sucedê-lo em caso de seu impedimento. Entretanto, esse poder de escolha não é absoluto, podendo o juiz não aceitá-la caso não atente ao melhor interesse da criança e do adolescente.¹⁴³ Caio Mário da Silva Pereira aduz que essa nomeação deve ser feita de forma conjunta pelos pais, conforme prevê a legislação, no artigo 1.729 do Código Civil Brasileiro.¹⁴⁴

Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto. Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.

Quanto à forma dessa nomeação, Rolf Madaleno destaca que pode ser feita por escritura pública ou particular, desde que seja possível garantir a autoria do documento, e que tal indicação somente será efetivada se ambos os

¹⁴² RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70061153391. Relator: Des. Rui Portanova. Julgado em: 14/08/2014. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70061153391&num_processo=70061153391&codEmenta=5966657&temIntTeor=true Acesso em: 24/10/2016.

¹⁴³ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 398.

¹⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil/ atual**. Tânia da Silva Pereira. 23.. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 513.

pais falecerem ou, se falecendo um deles, o outro não for apto a exercer de forma exclusiva a autoridade parental.¹⁴⁵

Ademais, ainda no que se refere às hipóteses de exercício da autoridade parental, os genitores devem assistir ou representar judicialmente a prole, compreendendo a assistência àquele filho entre 16 e 18 anos e a representação àqueles menores de dezesseis anos, conforme explicitado no inciso VII do artigo 1.634 do Código Civil.¹⁴⁶

Além disso, os pais possuem o poder de trazer os filhos de volta ao convívio familiar, em desfavor de quem ilegalmente os detenha, estando isso previsto no inciso VIII, do artigo em análise, devendo este ser estudado sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a garantir que os genitores possam impedir que seus filhos, sob a égide do seu poder familiar, sejam retirados do seu domicílio de convivência, garantindo a legalidade da imposição e da efetivação do seu retorno, até mesmo por meio do acionamento do judiciário.¹⁴⁷

Quanto a isso, Paulo Nader destaca ser possível até mesmo a busca e apreensão do menor em face do genitor que não detenha a guarda do filho. Isso porque, ainda que conserve o poder familiar, algumas disputas judiciais quanto à guarda podem ocasionar situações extremas, como casos de sequestros dos filhos por um dos genitores que não detém a guarda, o que configura crime, conforme o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual prevê a possibilidade de oposição da guarda à terceiros, inclusive aos pais não guardiões.¹⁴⁸

Sublinha-se, ainda, que a Lei da Guarda Compartilhada explicitou a necessidade de autorização do genitor para viagem do menor ao exterior, bem como para mudança permanente de domicílio, como forma de exercício do poder familiar, alterando a redação dos incisos IV e V do artigo 1.634 do CC, que possuem, agora, a seguinte redação:

¹⁴⁵ MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família**: 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 725.

¹⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil/ atual**. Tânia da Silva Pereira – 23.. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 513.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 514.

¹⁴⁸ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 400.

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:

[...]

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

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;¹⁴⁹

Quanto a análise desses incisos, a doutrina, quando aborda tais assuntos, apenas cita a sua existência, não os aprofundando substancialmente.¹⁵⁰

Sobre o consentimento para viagem, encontra-se este amparado também pelos artigos 83 a 85 do Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁵¹ Acrescenta-se, ainda, que a necessidade de autorização para mudança permanente de domicílio visa a facilitar a convivência familiar, sendo esta regra complementada pela disposição constante no artigo 1.583, §3º, do Código Civil¹⁵², o qual considera a cidade base de moradia a que melhor atender o interesse do menor.¹⁵³

Em síntese, verifica-se que as formas de exercício do poder familiar são muito abrangentes, dispondo os pais de liberdade para dispor sobre a criação de seus filhos conforme lhes for mais conveniente, levando em consideração o já citado princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. No entanto, os atributos fornecidos aos pais pela legislação não possuem caráter absoluto,

¹⁴⁹ BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 29/09/2016

¹⁵⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: direito de família**– 10. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 447. Além de Flávio Tartuce, Patrícia Pimentel (In RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55) e Euclides de Oliveira (In OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar. Tratado de Direito das Famílias*/Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 311.) também citam esses aspectos, afirmando que a competência dos pais, no exercício do poder familiar sobre a pessoa dos filhos, é prevista com extensão, porém não exaustivamente no artigo 1.634 do Código Civil, sendo um exemplo dessa competência as alterações realizadas no rol deste artigo pela Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 13.058/2014).

¹⁵¹ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm Acesso em: 29/09/2016.

¹⁵² BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 29/09/2016

¹⁵³ OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar. Tratado de Direito das Famílias*/Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 313.

sendo essa autonomia, de certo modo, delimitada pela intervenção estatal, quando esta mostrar-se necessária.¹⁵⁴

Assim, como resposta às situações em que ocorre abuso da autoridade parental, existe a possibilidade de suspensão ou de extinção do referido poder, motivo pelo qual serão analisadas as hipóteses em que estas venham a ser aplicadas.

2.2 EXTINÇÃO E SUSPENSÃO DO PODER-DEVER FAMILIAR

Este subcapítulo aborda as situações que ensejam a suspensão do poder familiar, bem como a sua extinção. É realizada a análise doutrinária quanto ao tema, destacando-se, em alguns pontos, julgados importantes, visando a exemplificar com casos concretos certos pontos relevantes. Inicialmente, cabe destacar as disposições legislativas sobre o assunto, as quais podem ser encontradas nos artigos 1.635 a 1638 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Pela leitura do artigo 1.635 do Código Civil, o poder familiar extingue-se pela morte dos pais ou dos filhos, pela emancipação¹⁵⁵, pela maioridade dos filhos, uma vez que se tornam plenamente capazes para os atos da vida civil, bem como pela adoção. Ainda, o referido instituto também pode ser extinto por decisão judicial, nos termos do artigo. 1.638.

Conforme esse dispositivo, a perda do poder familiar por ato judicial ocorre nas situações de castigo imoderado, de abandono da prole, de prática de atos que contrariem a moral e os bons costumes e no caso em que haja incidência reiterada nas faltas previstas no artigo 1.637 do mesmo código. Essas faltas abrangem a ocorrência de abuso de autoridade, a ausência da prática dos deveres inerentes aos pais, bem como os casos em que os bens dos filhos sejam arruinados, cabendo ao juiz, por requerimento de familiares ou do Ministério Público, adotar as medidas necessárias para garantir a segurança do vulnerável, sendo possível até mesmo a suspensão do poder familiar. O parágrafo único do artigo citado também dispõe quanto à suspensão do poder

¹⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil/** atual. Tânia da Silva Pereira – 23.. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 507.

¹⁵⁵ A emancipação se dará nos termos do Art. 5º, I, do Código Civil de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 29/10/2016

familiar em relação aos pais condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.¹⁵⁶

Ademais, extrai-se do artigo 1.636, que o pai ou a mãe que contrair novas núpcias, ou estabelecer união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, qualquer poder ou dever, não obtendo o novo cônjuge, ou companheiro, o direito de intervir nessa relação.

Pela análise das disposições dos artigos acima mencionados, é possível perceber que existe a perda espontânea do poder familiar, que se dá pela morte dos genitores ou da prole e pelo atingimento da maioridade. Isso porque, presume-se que os pais são aqueles com maior interesse e aptidão para proteger os filhos, uma vez que, conforme aponta Cáo Mário da Silva Pereira, a própria existência do instituto do poder familiar nasce da necessidade de proteção dos filhos, enquanto esses ainda estão em desenvolvimento.¹⁵⁷ Essas hipóteses espontâneas de extinção do poder familiar encontram-se previstas nos incisos I e III do artigo 1.635 do Código Civil de 2002.¹⁵⁸

Além disso, a morte de ambos os pais extingue o poder parental, devendo ser nomeado um tutor para o menor. Todavia, se apenas um deles falecer, ao outro subsistirá o exercício por completo.¹⁵⁹ Quanto àquele genitor que contrair novas núpcias, a lei lhe confere a manutenção do poder familiar em relação aos filhos havidos em união anterior. Essa garantia, prevista no artigo 1.636 do Código Civil, vai ao encontro do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e do princípio da convivência familiar, uma vez que seria descabida qualquer punição pela constituição de nova família, ainda mais de modo a prejudicar os vínculos afetivos existentes entre pais e filhos, os

¹⁵⁶ Apesar de o § único do Artigo 1.637 do Código Civil não ter sido revogado, não mais encontra guarida a sua aplicação. Isso porque a Lei nº 12.962/2014 alterou artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente de modo a garantir a manutenção do poder familiar pelo pai ou mãe preso, condenado por sentença irrecorrível, com pena excedente a dois anos, salvo se tenha sido cometido crime doloso contra o próprio filho. Nesse sentido, deve ser garantido, inclusive, o direito de visitas do filho ao seu genitor. Lei nº 12.962/14. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm Acesso em: 31/10/2016.

¹⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil/** atual. Tânia da Silva Pereira – 23.. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 518.

¹⁵⁸ 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. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 19/09/2016.

¹⁵⁹ PEREIRA, *op. cit.*, p. 519.

quais não devem sofrer abalos em razão da dissolução da sociedade conjugal dos pais.¹⁶⁰

No que se refere à maioria, modalidade de extinção prevista no inciso III do artigo 1.635, diferentemente da *patria potestas* existente no Direito Romano, na qual o *pater familias* mantinha a sua ingerência perante os filhos inclusive na vida adulta destes, o poder familiar regido pelo Código Civil atual cessa quando o menor adquire capacidade civil plena¹⁶¹. Paulo Nader aponta que o atingimento dos 18 anos é um fato jurídico *strictu sensu*, mas que esse, apesar de fazer cessar o poder familiar, não afasta necessariamente a obrigação da prestação alimentícia:

Atingindo a idade de dezoito anos, os filhos adquirem a plena capacidade para os atos da vida civil, fato este que dispensa qualquer forma de suprimento de vontade. Trata-se de fato jurídico *strictu sensu* provocando a extinção do poder parental. Tal acontecimento, todavia, não desonera os genitores da obrigação alimentícia, salvo se os filhos possuírem autonomia financeira.¹⁶²

Essa manutenção de pagamento de prestação alimentícia, em determinados casos, mesmo que ausentes os deveres decorrentes do exercício da autoridade parental, uma vez que já extinto o poder familiar, decorre não mais do dever de sustento, mas de um dever de solidariedade decorrente da relação de parentesco.¹⁶³

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar*. **Tratado de Direito das Famílias**/Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 314.

¹⁶¹ Artigos 2º a 5º do Código Civil Brasileiro de 2002 discorrem acerca da capacidade civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 29/09/2016.

¹⁶² NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 402 e 403.

¹⁶³ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. FILHO MAIOR DE IDADE. SUSPENSÃO LIMINAR DO PAGAMENTO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA. DESCABIMENTO. DEVER DE SOLIDARIEDADE DECORRENTE DA RELAÇÃO PARENTAL. ARTIGO 1.694 DO CÓDIGO CIVIL. Em se tratando de ação de exoneração de pensão alimentícia, inviável se opere a exoneração por decisão liminar, quando não há presente prova cabal acerca da real diminuição da capacitação financeira do alimentante e de modificação na necessidade da alimentanda. Necessária ampla dilação probatória, a fim de propiciar plena análise do binômio necessidade-possibilidade. Agravo de instrumento provido. RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70065570517. Relator: Jorge Luís Dall’Agnol. , Sétima Câmara Cível. Julgado em: 30/09/2015.. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065570517&num_processo=70065570517&codEmenta=6503187&temIntTeor=true Acesso em: 22/11/2016.

Ainda sobre o artigo 1.635, em especial quanto ao inciso II, destaca-se que a emancipação possui os mesmos efeitos do atingimento da maioridade, nivelando-se a esta. Assim, uma vez realizado o registro público da emancipação, cessados os efeitos do poder familiar.

Quanto ao inciso IV do referido artigo, no caso de adoção, a entrega do filho causa uma ruptura da ordem jurídica de modo a transferir o poder parental dos pais biológicos para os pais adotantes, subsistindo quanto ao parentesco civil e biológico previamente existente apenas os impedimentos para contrair matrimônio, constantes do artigo 1.521 do Código Civil¹⁶⁴.

Além das hipóteses analisadas, extingue-se também o poder familiar por decisão judicial, na forma do art. 1.638, por disposição do inciso V do artigo 1.635. Nesse sentido, abrangem-se as situações de castigos imoderados, abandono, prática de atos contrários a moral e aos bons costumes, e incidência reiterada de atos que ensejem a suspensão da autoridade parental. Essas hipóteses merecem análise individualizada.

Parte da doutrina entende que apenas o castigo imoderado é vedado pela legislação, sendo implicitamente possível, então, o castigo moderado para correção de eventuais desvios de conduta.¹⁶⁵ Há autores, no entanto, que acreditam não ser essa a melhor interpretação à luz da Constituição Federal de 1988¹⁶⁶. Carlos Roberto Gonçalves assevera que o castigo físico configura ofensa à dignidade da criança, sendo espécie de violência, mesmo que

¹⁶⁴ Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 29/09/2016.

¹⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil/ atual**. Tânia da Silva Pereira – 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 522; NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 404.

¹⁶⁶ O artigo 227 da CF/88 assegura, expressamente, ser dever da família manter a criança e o adolescente a salvo de violência, crueldade e opressão. Veja-se: “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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 30/09/2016.

moderado.¹⁶⁷ Apesar de estar contido na dimensão da antiga ideia de pátrio poder, o castigo físico que viole a integridade do filho, em qualquer grau, será uma afronta à dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível, mesmo que sob o pretexto de educar o menor.¹⁶⁸

Importante mencionar novamente a Lei da Palmada ou Lei Menino Bernardo¹⁶⁹, uma vez que essa lei surgiu para garantir que a utilização de castigos físicos fosse completamente vedada, de modo a facilitar a criação de políticas públicas e mecanismos que desestimulem a prática de abusos. Essa é, inclusive, a orientação da psicologia infantil, pois não se considera que a correção por meio de castigos físicos auxilie na formação do caráter dos vulneráveis.¹⁷⁰

As situações de abandono podem se manifestar de diversas maneiras. O abandono pode ser físico, material, moral e intelectual¹⁷¹, existindo sanções até mesmo na esfera penal para essas hipóteses.¹⁷² O abandono, independente de qual modo se manifeste, é extremamente prejudicial para o desenvolvimento sadio dos indivíduos, podendo gerar cicatrizes que jamais se curam.

Na ocorrência de abandono físico, além das sanções na esfera penal, deve haver ação para destituição do poder familiar.¹⁷³ Quanto ao abandono

¹⁶⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 428.

¹⁶⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 309.

¹⁶⁹ BRASIL. Lei 13.010/14. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm Acesso em: 30/09/2016.

¹⁷⁰ MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família**: 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 735.

¹⁷¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 405.

¹⁷² Artigos 244, 245, 247, 133 e 134 do Código Penal englobam as situações de abandono e suas respectivas penas, sendo o abandono material, intelectual, moral, de incapaz e de recém-nascido os constantes nos artigos supracitados. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em: 30/09/2016.

¹⁷³ Exemplo de extinção do poder familiar em razão do abandono perpetrado pelos genitores: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PROCEDÊNCIA. ABANDONO CARACTERIZADO. No caso dos autos, o infante foi abrigado ainda quando bebê em razão de haver sofrido maus tratos e, por mais de um ano, não recebeu visitas dos pais biológicos. Assim, restou caracterizado o abandono, hipótese de extinção do poder familiar, com base no artigo 1.638, inciso II, do Código Civil. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70038220976, Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz, Oitava Câmara Cível Julgado em 14/04/2011. Disponível em:

http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=7003

moral, este pode se manifestar por meio do abandono afetivo, que tem como definição ser o inadimplemento dos deveres jurídicos da paternidade, sendo cabível a responsabilidade civil para quem não cumpre com eficácia esse importante aspecto do poder familiar.¹⁷⁴ Esse tema é muito estudado no meio acadêmico, com extensas publicações doutrinárias a seu respeito, com parte do meio jurídico apontando no sentido de impossibilidade da responsabilização do genitor e o restante acreditando ser possível essa responsabilização civil. No momento, não é pertinente o aprofundamento sobre a matéria, motivo pelo qual se colaciona o seguinte precedente jurisprudencial, que explica sinteticamente o assunto, adotando a teoria de que é possível a responsabilidade civil por abandono afetivo, a qual parece ser a que prevalecerá no ordenamento jurídico brasileiro:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido.¹⁷⁵

8220976&num_processo=70038220976&codEmenta=4095356&temIntTeor=true Acesso em: 22/11/2011.

¹⁷⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 312.

¹⁷⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1159242/SP. Relatora: Min.

Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 24/04/2012. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=9> Acesso em: 30/09/2016. Destaca-se, ainda, o Recurso Especial nº 757411/MG, julgado em 29/11/2005, sob a relatoria do Min. Fernando Gonçalves, o qual não aceita a responsabilização civil por abandono afetivo, pela inexistência de ato ilícito e que possui a seguinte ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO.

Pela análise do inteiro teor do acórdão cuja ementa encontra-se anteriormente colacionada, mostra-se importante salientar, que a perda do poder familiar não pode ser apontada como a única punição possível de ser imposta aos pais que descumpram as obrigações a eles atribuídas. Isso porque os deveres inerentes ao poder familiar abrangem o dever de convívio, de cuidado e de criação, os quais pressupõem o acompanhamento e a transmissão de atenção aos filhos. No caso em questão, a possibilidade de indenizações no âmbito do judiciário sustenta-se no entendimento de que a suspensão da autoridade parental encontra-se guiada pelo objetivo de resguardo da integridade do vulnerável abandonado, de modo a assegurar-lhe criação e educação dignas, garantias que lhe foram negadas por um ou por ambos os genitores. Logo, a punição aplicada pelo abandono afetivo, e também da ausência dos deveres inerentes à autoridade parental, não possui a intenção de compensar os prejuízos advindos da ausência de cuidado dada aos filhos, mas sim de protegê-los, resultando a ilicitude civil da inexistência do dever de cuidado, uma vez que este sim é obrigação, pois, segundo a Ministra Nancy Andrighi: “amar é faculdade, cuidado é dever”.

No que se refere à perda do poder familiar por ato judicial relativo à prática de atos contrários a moral e aos bons costumes, entende-se que a vedação destas condutas surge como forma de coibir que exemplos de maus hábitos dos pais prejudiquem a formação dos filhos. Como muito bem destacou Carlos Roberto Gonçalves: “O lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos”.¹⁷⁶ Nesse sentido, certos atos podem colocar em risco o desenvolvimento da prole e causar sérios riscos de comprometimento da sua educação, sendo a perda do poder familiar medida imperativa para atender o melhor interesse da criança e do adolescente.

DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.”

Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ABANDONO+AFETIVO&b=ACOR&p=tr ue&l=10&i=11> Acesso em: 30/09/2016.

¹⁷⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 429.

Casos de alcoolismo e de abuso de drogas nos quais os genitores restam inabilitados para exercer as suas funções parentais podem gerar a destituição do poder familiar:

APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. GENITORES NEGLIGENTES E DÉSINTERESSADOS NA CRIAÇÃO DA PROLE. IRMÃOS JÁ DESTITUÍDOS DO PODER FAMILIAR. ART. 1.638, II E IV, DO CCB. Demonstração de que os genitores não apresentam condições de oferecer os mais básicos cuidados ao filho, havendo histórico de alcoolismo, uso de drogas e absoluta negligência em relação à prole, pois os demais irmãos já foram colocados em família substituta após a decretação da destituição do poder familiar dos apelantes também em relação a eles. Genitora que persistiu sem aderir ao pré-natal. Genitor que não manifestou o menor interesse em assumir o compromisso de cuidar do filho. APELAÇÃO DESPROVIDA.¹⁷⁷

Reconhecida no caso a situação de vulnerabilidade extrema, sendo a mãe usuária de drogas e de álcool e não havendo demonstração paterna de condições para criar o filho, medida que se impõe é de destituição do poder familiar, de modo a garantir a proteção integral da prole, possibilitando seu desenvolvimento psíquico, moral e físico em ambiente digno.

Por fim, ainda sobre o assunto, ressalta-se que a reiterada prática de faltas causadoras da suspensão do poder familiar também é hipótese de perda da autoridade parental por determinação do juízo. A análise sobre qual é o ponto em que a prática reiterada torna-se excessiva de tal modo que a extinção do referido poder seja menos gravosa para o menor do que a suspensão deverá ser realizada pelo juiz, não havendo determinação específica na legislação para isso.

Por esse motivo, mostra-se necessário que sejam realizadas perícias técnico-profissionais, bem como estudos sociais para averiguação das consequências da decretação da medida extrema de perda do poder familiar.¹⁷⁸

Quanto à suspensão do poder familiar, as hipóteses encontram-se elencadas no art. 1.637 do Código Civil, consistindo no cometimento por parte

¹⁷⁷ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70056072267, Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Oitava Câmara Cível Julgado em 31/10/2013. Disponível em:

http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70056072267&num_processo=70056072267&codEmenta=5533231&temIntTeor=true Acesso em: 22/11/2016.

¹⁷⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias** – 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 310.

dos pais abuso de autoridade, bem como na falta com os seus deveres parentais e no arruinamento dos bens dos filhos.

Caio Mário da Silva Pereira destaca o caráter genérico dessas faltas previstas pela legislação, sendo conferido ao julgador amplo espaço para exercício do arbítrio necessário para a solução do caso concreto.¹⁷⁹ Isso quer dizer que o juiz, ao analisar a prática de atos que possam levar à suspensão do poder parental, tem certa dose de discricionariedade para formar seu convencimento sobre a importância dos fatos, sob a luz do sempre presente princípio do melhor interesse da criança.

O parágrafo único do artigo supracitado refere ser cabível a suspensão do exercício do poder familiar do pai ou da mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Entretanto, essa disposição encontra-se obsoleta. A Lei 12.962/14¹⁸⁰, conforme já salientado anteriormente, alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente para assegurar a convivência entre pais privados de liberdade e seus filhos, através da realização de visitas periódicas. Esta garantia consiste, inclusive, em importante elemento para ressocialização dos presos.¹⁸¹ Ressalta-se, ainda, que se a condenação tiver como motivo crime doloso contra o próprio filho ou filha, haverá a destituição do poder familiar, conforme previsão constante no §2º, do artigo. 23, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar. (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009)

§ 1º Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 2º A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha. (Incluído pela Lei nº 12.962, de 2014)¹⁸²

¹⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil/** atual. Tânia da Silva Pereira – 23.. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 521.

¹⁸⁰ BRASIL. Lei nº 12.962/14. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm Acesso em: 29/09/2016.

¹⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil/** atual. Tânia da Silva Pereira – 23.. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 515.

¹⁸² BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm Acesso em: 29/09/2016.

A suspensão do poder familiar para as hipóteses do artigo 1.637 é extrema, podendo o juiz optar por outras medidas que se mostrem eficazes na resolução do problema. Ademais, cabe ao juiz, *ex officio*, por requerimento de algum parente ou por requerimento do Ministério Público, analisar o caso e, se necessário, decretar a suspensão. Paulo Lôbo salienta que a suspensão pode ser total ou parcial e que esta pode ser revista a qualquer tempo, uma vez cessados os motivos que lhe deram causa:

A suspensão pode ser sempre revista, quando superados os fatores que a provocaram. No interesse dos filhos e da convivência familiar, apenas deve ser adotada pelo juiz quando outra medida não possa produzir o efeito desejado, no interesse da segurança do menor e de seus haveres. Cessada a causa que levou à suspensão, o impedido volta a exercer o poder familiar plenamente, ou segundo restrições determinadas pelo juiz.¹⁸³

Uma vez estudadas as hipóteses de extinção, perda e suspensão do poder familiar, deve-se retornar ao já mencionado artigo 1.634 do Código Civil¹⁸⁴, o qual foi já parcialmente analisado para demonstrar as formas de exercício do instituto. Restou pendente o exame do inciso II deste artigo, que prevê o exercício da guarda unilateral ou compartilhada, na forma do artigo 1.584, como sendo um dos deveres parentais, o qual teve sua redação alterada pela Lei nº 13.058 de 2014.¹⁸⁵

Como pode ser extraído dessa legislação, a guarda é um desdobramento do poder familiar. Há muita confusão no âmbito dos tribunais e daqueles que atuam no mundo jurídico acerca dos institutos da guarda e do poder familiar.¹⁸⁶ Por vezes, o todo (poder familiar) é confundido pela parte

¹⁸³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 307.

¹⁸⁴ Esse artigo aborda as hipóteses de exercício do poder familiar. Foi analisado no subcapítulo relativo à dimensão contemporânea do poder-dever familiar, para que pudessem ser analisados os atributos inerentes ao seu exercício.

¹⁸⁵ Brasil. Código Civil Brasileiro de 2002. 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 nº 13.058, de 2014) II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014). Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 02/10/2016.

¹⁸⁶ Sobre essa confusão, José Fernando Simão afirma que o grande problema reside no fato de que os deveres de dirigir a criação e a educação dos filhos, como por exemplo decidir a escola em que irão estudar e a sua orientação religiosa, decorrem do poder familiar e não da guarda. Logo, independente da modalidade escolhida o genitor, ainda que não guardião, pode e deve participar dessas decisões. No entanto, quando do deferimento da guarda unilateral, alguns genitores distanciam-se da vida dos filhos, entendendo que lhes compete apenas o cuidado enquanto estiverem na companhia dos filhos. A verdadeira inovação da guarda compartilhada é no sentido do tempo de convívio, além de explicitar os aspectos do poder familiar e a sua manutenção por ambos os genitores, mesmo que, independente da modalidade de guarda, ele

(guarda), e vice-versa, sendo esse um dos principais ensejadores de conflitos nas relações familiares, em especial nos casos de dissolução conjugais, quando se reestrutura a organização da família. Sobre isso, Giselle Câmara Groeninga, busca esclarecer essa diferenciação:

A partir de um ponto de vista interdisciplinar, as questões relativas à guarda dizem respeito ao exercício disfuncional e desequilibrado do Poder Familiar. A guarda é um dos atributos do Poder Familiar, mas que tem se tornado modo privilegiado de seu exercício.¹⁸⁷

A autora acrescenta que a própria imprecisão no entendimento e aplicação prática do poder familiar e da guarda é que causam os litígios familiares, podendo ser a escolha por uma ou outra modalidade de guarda uma demonstração de poder do guardião, evidenciando o possível uso perverso e indevido dos atributos inerentes ao poder familiar como forma de ferir o outro genitor. Assim, as mudanças trazidas pela Lei da Guarda Compartilhada, inicialmente em 2008 e, posteriormente em 2014, têm como objetivo, além do melhor interesse dos filhos, colocar em questão os novos aspectos na divisão de papéis e exercícios das funções familiares.¹⁸⁸ Muitas críticas são feitas quantos às alterações realizadas, principalmente no âmbito da redação dada aos artigos do Código Civil pela Lei 13.058/2014¹⁸⁹, as quais serão estudadas de modo mais aprofundado no terceiro capítulo do presente trabalho.

A pergunta a ser respondida agora, proposta por Ana Carolina Brochado Teixeira, é: teria a guarda compartilhada o poder de atribuir a ambos os genitores a possibilidade de prestarem, conjuntamente, assistência material, moral e educacional, além de estabelecerem uma divisão equânime do direito de ter os filhos em sua companhia?.¹⁹⁰

As respostas para essa pergunta ainda não estão pacificadas na doutrina e na jurisprudência, tendo o presente trabalho o objetivo de contribuir na indicação do caminho mais viável e benéfico para os casos envolvendo a

permanença inalterado. SIMÃO, José Fernando Simão. **Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e girafas**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas> Acesso em: 22/11/2016.

¹⁸⁷ GROENINGA, Giselle Câmara. *Guarda compartilhada – a efetividade do poder familiar*. In: Mário Delgado e Mathias Coltro (coordenadores). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 139

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 145 a 147.

¹⁸⁹ BRASIL. Lei nº 13.058/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm Acesso em: 02/10/2016.

¹⁹⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. *A (des)necessidade da guarda compartilhada*. In: Mário Delgado e Mathias Coltro (coordenadores).. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 23.

guarda compartilhada. Assim, é necessário que sejam analisadas as modalidades de guarda existentes no nosso ordenamento jurídico.

3 DAS MODALIDADES DE GUARDA E APONTAMENTOS ACERCA DA APLICAÇÃO DO COMPARTILHAMENTO

Neste capítulo serão analisados os aspectos envolvendo a guarda compartilhada. Antes disso, haverá breve análise da tipologia da guarda, abordando as modalidades reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro e, posteriormente, serão feitos alguns apontamentos sobre questões significativas referentes ao instituto da guarda compartilhada.

Enquanto ainda existente a relação conjugal entre os pais, presume-se que ambos detêm a guarda dos filhos, sendo isso decorrente do conjunto exercício dos deveres inerentes ao poder familiar. No entanto, uma vez dissolvida a sociedade conjugal, certas alterações devem ser feitas, podendo a guarda recair sobre apenas um dos detentores do poder familiar, se unilateral; sobre ambos, no caso de compartilhamento da guarda; ou até sobre terceiro, no caso de nenhum dos pais ter aptidão para exercê-la. Ressalta-se, ainda, que, como já mencionado, a relação entre pais e filhos não deve ser abalada em razão de decisões quanto à situação conjugal parental, devendo sempre ser o interesse dos filhos protegido, em especial quando da ocorrência de divórcios.¹⁹¹

Quanto à relação da guarda com o poder familiar, importante destacar o artigo 1.632 do Código Civil, que dispõe que a guarda não afeta o poder familiar dos pais em relação aos filhos, senão quanto ao direito de os primeiros terem em sua companhia os segundos:

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.¹⁹²

Rolf Madaleno ressalta que essa disposição não engloba apenas o direito do genitor de ter o filho em sua companhia, mas também o dever no sentido amplo da expressão, traduzindo-se pelo zelo que deve ser empregado

¹⁹¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 286, 287.

¹⁹² BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 10/10/2016.

nessa relação baseada na presença física, afetiva e psicológica dos pais, independente da modalidade de guarda aplicada nas relações familiares.¹⁹³

Quanto a essas modalidades, historicamente, houve predominância de aplicação da guarda unilateral em favor da mãe, sendo essa uma consequência da sociedade patriarcal brasileira, uma vez que a mulher no geral não laborava, tendo mais tempo para cuidar dos filhos, sendo as mulheres também consideradas mais sensíveis e aptas para zelar pelo melhor interesse dos menores.¹⁹⁴

Além disso, considerando a Emenda Constitucional nº 66/2010¹⁹⁵, que deu nova redação ao §6º do Artigo 226 da Constituição Federal, o qual dispõe sobre a dissolubilidade do casamento através do divórcio, destaca-se que a culpa não mais pode ser utilizada como critério de punição aos genitores. Nesse sentido, pode-se dizer que a guarda foi, tradicionalmente, vista como um direito subjetivo daquele cônjuge considerado inocente pelo divórcio, sendo, na maioria dos casos, atribuída tal concepção à figura materna em razão de sua posição de vítima decorrente da condição de divorciada, desquitada ou separada.¹⁹⁶

Não subsiste, então, a regra constante na Lei do Divórcio¹⁹⁷, não mais sendo a guarda atribuída a quem der causa à separação, mas sim àquele que revelar melhor condições para exercer as obrigações e deveres inerentes ao seu exercício.¹⁹⁸ Isso porque, a culpa não mais se mostra um elemento

¹⁹³ MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família**: 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 456.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p 458.

¹⁹⁵ O §6º do Art. 226 da Constituição Federal foi alterado de modo a suprimir a necessidade de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos, dispondo apenas que o casamento será dissolvido pelo divórcio.

Emenda Constitucional nº 66/2010. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm Acesso em: 11/10/2016.

¹⁹⁶ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

¹⁹⁷ O Artigo 10 da Lei nº 6.515/77 dispunha que a guarda dos filhos menores seria atribuída ao conjuge que não tivesse dado causa à dissolução da sociedade conjugal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm Acesso em: 26/10/2016.

¹⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 291.

importante para o reconhecimento da dissolução do vínculo conjugal, motivo pelo qual não pode influenciar também na fixação da guarda dos filhos.¹⁹⁹

Esse modelo existente até pouco tempo atrás não contemplava o melhor interesse da criança. Verifica-se que este interesse não é algo imutável, mas sim que deve ser analisado nos casos concretos, sob a ótica dos princípios constitucionais, não havendo, ao menos *a priori*, preferência de atribuição de guarda ao pai ou à mãe.²⁰⁰

Nesse sentido, não pode haver a análise preconceituosa baseada em conceitos sociais já ultrapassados para definir quem é mais hábil a obter a guarda. Se ambos os pais possuem condições iguais de exercer esse múnus, porque escolher apenas um deles?

O compartilhamento da guarda torna-se um modo de afastamento dessas concepções sociais previamente moldadas à realidade, atribuindo responsabilidades conjuntas, para que seja propício o bom desenvolvimento psíquico da prole. Destaca-se que qualquer decisão a respeito da guarda dos filhos é mutável, se alteradas as situações nas quais a decisão de custódia foi embasada, portanto, apesar de dita como definitiva, a modalidade de guarda pode ser revista caso seja no melhor interesse dos filhos.²⁰¹

A escolha por uma ou outra modalidade não é, portanto, indiscutível, uma vez que, principalmente no que se refere às relações familiares, novas situações podem ocorrer, de modo que um arranjo previamente satisfatório, torne-se insustentável em face de certos acontecimentos. No que se refere às modalidades de guarda existentes no ordenamento jurídico brasileiro, tradicionalmente, a guarda unilateral foi mais utilizada ao longo dos anos, com preferencial atribuição à mãe, sendo a custódia unilateral paterna deferida somente quando a genitora não possui condições.²⁰²

¹⁹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de Família – as famílias em perspectiva constitucional**/ São Paulo: Saraiva, 2011, p. 596.

²⁰⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49, 50.

²⁰¹ Ibidem, p. 51-55.

²⁰² Exemplo de deferimento da guarda unilateral paterna: APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA UNILATERAL PATERNA. Considerando que o processo se desenvolve desde 2009 e que a maioria dos elementos de cognição é desfavorável ao exercício da guarda pela genitora, convinável a manutenção da sentença, devendo a apelante, para demonstrar, efetivamente, evolução em sua maturidade, valer-se de nova demanda, onde será investigado, com atualidade, as condições maternas para exercício da guarda, haja vista se tratar de relação

A guarda compartilhada foi introduzida formalmente pela Lei nº 11.698/2008²⁰³, e posteriormente teve sua prioridade de aplicação frente às outras modalidades de guarda colocada pela Lei nº 13.058/2014.²⁰⁴ Ademais, destaca-se a guarda alternada, a qual é por vezes confundida com a guarda compartilhada, motivo pelo qual a sua análise se mostra de notável importância.

Por fim, a guarda, de maneira geral, consiste em uma complexidade de direitos e de obrigações que uma ou mais pessoas, normalmente os pais, exercem sobre uma criança ou um adolescente, de modo a assisti-lo nos mais variados âmbitos de sua vida, garantindo a sua boa formação moral, psíquica, educacional, entre outras situações.²⁰⁵

3.1 TIPOLOGIA DA GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

Neste subcapítulo será examinada a tipologia da guarda no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a analisar aspectos relativos à guarda unilateral, alternada e compartilhada. Verifica-se a importância do estudo das espécies de custódia dos filhos no sentido de pontuar as diferenças e similitudes do instituto da guarda compartilhada e das demais modalidades de guarda.

O regime da guarda unilateral está previsto no artigo nº 1.583, §1º, do Código Civil, cuja redação se deu pela Lei nº 11.698 de 2008, permanecendo inalterado com o advento da Lei nº 13.058/14.

continuativa. Mantida a sentença que confirmou a guarda paterna, não havendo respaldo probatório para deferimento, de ofício, da guarda compartilhada. NEGARAM PROVIMENTO. RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,. Apelação Cível Nº 70065493538, Relator: Des. José Pedro de Oliveira Eckert. Oitava Câmara Cível Julgado em: 06/08/2015. Disponível em:

http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70056072267&num_processo=70056072267&codEmenta=5533231&temIntTeor=true Acesso em 23/10/2016.

²⁰³ BRASIL. Lei nº 11.698/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm Acesso em: 11/10/2016.

²⁰⁴ BRASIL. Lei nº 13.058/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm Acesso em: 11/10/2016.

²⁰⁵ LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 62. *Apud* RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família** – 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65

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.

Verifica-se que o §5º do mesmo artigo define, por sua vez, as obrigações e as prerrogativas daquele genitor não detentor da guarda, determinando que este deve supervisionar os interesses dos filhos, sendo, por isso, parte legítima pra solicitar prestação de contas, bem como de informações a respeito de assuntos relativos à saúde física, psicológica e à educação de seus filhos.²⁰⁶

Nesse sentido, constata-se que a nova realidade da guarda unilateral foi modificada construtivamente pelas Leis nº 11.698/2008 e nº 13.058/2014, de modo que ela não é mais protagonista no sistema jurídico brasileiro. As suas características permaneceram inalteradas, porém as suas hipóteses de aplicação foram restringidas.

A utilização da guarda unilateral como regra, e ainda não na posição de reserva atribuída a ela atualmente, outorgava ao genitor guardião a realização dos encargos diretos relativos aos cuidados com os filhos, relegando ao genitor não guardião posição de mero coadjuvante, resguardado a este o direito de visitas. Mesmo que ambos os pais tivessem idêntica capacidade para gerenciar a vida de seus filhos, era escolhido um deles para deter exclusivamente a guarda, normalmente deferida à mãe, como já salientado anteriormente no presente trabalho. As alterações realizadas pela legislação supracitada colocaram a unilateralidade como exceção, podendo ocorrer no caso de acordo entre os pais, homologado judicialmente, ou nos casos em que não for possível a aplicação da guarda compartilhada, por exemplo, se um dos genitores recusar o encargo ou se for considerado pelo juiz que o compartilhamento mostra-se prejudicial para a criança ou para o adolescente.²⁰⁷

²⁰⁶ § 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. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 02/11/2016.

²⁰⁷ OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar*. In: **Tratado de Direito das Famílias**. Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 328 e 329.

Paulo Lôbo sublinha que também é classificada como unilateral a guarda deferida à terceiro, nas situações em que nenhum dos genitores possua as condições necessárias para atender aos melhores interesses dos filhos.²⁰⁸ Nesse mesmo sentido se dá a redação do §5º do artigo 1.584 do Código Civil, o qual assinala ser dever do juiz deferir a guarda à pessoa que possua os atributos para tal, nos casos em que os filhos não possam permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, devendo ser dada preferência aos familiares e a pessoas que já tenham relação de afetividade e afinidade com o vulnerável.²⁰⁹

A Lei nº 11.698 de 2008 alterou o Código Civil para dispor que a guarda unilateral seria atribuída ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la, levando-se em consideração o que melhor pudesse fornecer afeto, saúde, segurança e educação²¹⁰. No entanto, o artigo 1.583 foi novamente alterado pela Lei da Guarda Compartilhada de 2014, sendo suprimidas tais disposições. Euclides de Oliveira ressalta que essa mudança foi realizada sem motivo coerente, uma vez que é evidente que a guarda unilateral será deferida àquele que detenha melhores condições de atender ao melhor interesse do filho, o qual certamente engloba as questões anteriormente expressas pela lei de 2008.²¹¹

Importante destacar que propiciar ao filho as melhores condições não significa que a guarda, quando unilateral, tenha que ser deferida àquele que possuir melhores condições financeiras, sendo essencial a capacidade de relacionar-se com o filho e proporcionar a ele um ambiente saudável, de modo que sejam fornecidas ao filho as melhores oportunidades e condições. Corroborando essa ideia, Paulo Lôbo afirma que a fixação de alimentos

²⁰⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 192.

²⁰⁹ 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 02/11/2016.

²¹⁰ Tal disposição constava no §2º do Artigo 1.583, com redação dada pela Lei nº 11.968/08, porém tal artigo foi alterado com o advento da Lei nº 13.058/2014, excluindo-se esses critérios objetivos.

²¹¹ OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar*. **Tratado de Direito das Famílias**/Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 328.

devidos pelo não guardião tem o condão de suprimir deficiências financeiras em relação à prole.²¹²

O fato de que os aspectos financeiros não podem ser definidores para a fixação da guarda unilateral é de extrema importância. Isso porque, permite que se analise verdadeiramente qual genitor possui mais aptidão, em especial no que se refere às relações afetivas, para deter a guarda. Ademais, sendo a guarda apenas um atributo do poder familiar, não pode aquele que a detém ser inteiramente responsabilizado pelo sustento do vulnerável, sendo, portanto, essencial a fixação de alimentos, independente da modalidade aplicada.

Quanto à guarda alternada, não há no ordenamento jurídico brasileiro previsão a seu respeito, tampouco existe expressa proibição da aplicação desta modalidade. Não é usual que seja utilizada em razão de não atender, na prática, de maneira mais adequada ao melhor interesse dos filhos, ao menos na grande maioria dos casos. Essa modalidade, por vezes, pode ser confundida com a guarda compartilhada, no entanto, mostram-se substancialmente diferentes.²¹³

A par desse modelo de guarda, fala-se no de alternada, que se caracteriza pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho segundo um ritmo de tempo pré-estabelecido (dias, semana, mês, semestre, ano). No termo do período, invertem-se os papéis. Embora descontínua - ora com um, ora com outro dos pais - não deixa de ser única a dita guarda alternada.²¹⁴

Verifica-se que, apesar de ser confundida com a guarda compartilhada, uma vez que divide a convivência do filho entre os pais conforme for definido entre eles, a guarda alternada aproxima-se do modelo unilateral. Isso porque, consoante ressaltado por Waldyr Grisard Filho, esta é descontínua, mas única enquanto pertencente a cada genitor, ou seja, alterna-se a guarda unilateral entre os genitores em frações de tempo pré-estabelecidas.

Paulo Lôbo afirma que é recomendada pela doutrina a utilização dessa modalidade apenas em raras situações, uma vez que não preenche os requisitos da guarda compartilhada, não privilegiando uma convivência

²¹² LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 193.

²¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo.. **Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de Família – as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 599.

²¹⁴ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada – quem melhor para decidir a respeito?** São Paulo. Pai Legal, 2002. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81005-gcquemmelhor.htm> Acesso em: 04/11/2016.

simultânea da prole com seus genitores e a corresponsabilidade pelo exercício do poder familiar.²¹⁵

Ainda sobre as diferenças existentes entre guarda compartilhada e alternada, Angela Gimenez pontua que a segunda configura-se como modelo unilateral ou monoparental, sendo desempenhada exclusivamente por um dos genitores, por períodos anuais, semestrais ou outro a ser definido, não havendo compartilhamento, já que apenas um deles desenvolve os atributos relativos à guarda enquanto a detém. Ressalta que esta não encontra-se disciplinada na legislação brasileira, distanciando-se da guarda compartilhada, pois o compartilhamento pressupõem famílias multinucleares, no sentido de que existam dois lares, nos quais sejam estimulados o desenvolvimento das responsabilidades dos filhos e a manutenção dos vínculos afetivos existentes através de uma alternância de convívio, mas não alternância da espécie de guarda (ora unilateral de um genitor e ora de outro).²¹⁶

Há, portanto, na guarda alternada, o revezamento de períodos exclusivos de guarda, cabendo ao outro o direito de visitar os filhos, tendo os pais, alternadamente, a guarda fática e jurídica dos filhos. À luz desse quadro, destaca-se que, com o advento da Lei nº 13.058/2014, o artigo 1.583 do Código Civil passou a determinar que o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre os pais. Sobre o tema, Giselle Groeninga, em tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo, alerta que o tratamento genérico dado à questão da convivência familiar pode contribuir para a ideia de que o tempo deva ser dividido igualmente entre os genitores, o que acabaria por, na tentativa de aplicação da guarda compartilhada, acabar por se aplicar a guarda alternada.²¹⁷ Vislumbra-se na jurisprudência a ocorrência dessa confusão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. PREJUÍZOS AO INFANTE. 1. Embora o Magistrado a quo tenha nominado de guarda compartilhada, de fato o que fez a decisão proferida em

²¹⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 204.

²¹⁶ GIMENEZ, Angela. **Entrevista sobre a igualdade parental**. Revista IBDFAM. Edição 18, Janeiro de 2015, p. 6.

²¹⁷ GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário**. (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-22082012-152003/pt-br.php> Acesso em: 07/11/2016.

audiência de conciliação foi estabelecer uma verdadeira guarda alternada, em sede de cognição sumária, extremamente prejudicial à criança, pois, ao invés de permitir a consolidação dos vínculos com ambos os genitores, tira da criança a referência do que é efetivamente seu: sua casa, seus brinquedos, seu cuidador principal, alterando drasticamente sua rotina, que é fundamental à preservação de seu equilíbrio emocional. Frisa-se que, no caso, trata-se de um menino de apenas 02 anos de idade. 2. O arranjo acويمado não favorece a construção de um ambiente saudável e seguro à criança, mas cria modificação constante em sua vida, o que é prejudicial para que ela tenha um sadio desenvolvimento emocional. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70070317086, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 27/10/2016)²¹⁸

Quanto ao tema, verifica-se também que pode até haver uma alternância de tempo, em conformidade com as disposições do artigo 1.583, §2º, do Código Civil, na modalidade compartilhada da guarda. No entanto, a divisão igualitária do convívio no tempo não é a regra, devendo haver cautela na análise dos casos envolvendo a guarda compartilhada, para que não acabe por se aplicar as regras atinentes à guarda alternada. Nesse sentido, pode ser visto o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA ALTERNADA. Diferente do que postula o agravante, o pedido não apresenta natureza de “guarda compartilhada”, mas sim, de aumento da “convivência paterna”, em um típico molde de “guarda alternada”, ficando o filho 15 dias com a mãe e 15 dias com o pai. Caso em que a decisão vergastada, que já deferiu o alargamento da convivência paterna, em sede liminar, deve ser mantida. Eventual pedido de convivência alternada que somente pode ser deferido após o aprofundamento da cognição. NEGARAM PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70065602484, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 20/08/2015)²¹⁹

²¹⁸ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravado de Instrumento nº 70070317036. Relator: Des. Luis Felipe Brasil Santos. Sétima Câmara Cível. Julgado em: 27/10/2016 Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70070317086&num_processo=70070317086&codEmenta=7038529&temIntTeor=true Acesso em: 07/11/2016. No caso em questão, decidiu-se, em audiência, pela aplicação da guarda compartilhada. No entanto, o desembargador relator destaca que só há a nomenclatura “compartilhada”, pois trata-se, em verdade, de guarda alternada, uma vez que determinada a alternância de residência semanalmente. Decidiu-se pelo deferimento da guarda unilateral ao pai, ressalvada a possibilidade de alteração, após a realização de estudo social.

²¹⁹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravado de Instrumento nº 70065602482. Relator: Des. José Pedro de Oliveira Eckert. Oitava Câmara Cível. Julgado em: 20/08/2016. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065602484&num_processo=70065602484&codEmenta=6429784&temIntTeor=true Acesso em: 07/11/2016.

No inteiro teor do acórdão é explicada a diferença entre guarda e convívio, de modo a esclarecer tratar o primeiro sobre o modo como serão geridos os interesses dos filhos e o segundo sobre o período de tempo de convivência entre os filhos e cada um dos genitores. É ressaltada a possível divisão equilibrada do tempo na guarda compartilhada, sendo destacado porém, que, no caso em específico, foi realizado acordo extrajudicial que definiu os parâmetros do compartilhamento da guarda, tendo sido inclusive, em sede liminar, aumentado o tempo de convívio pré-estabelecido. Não foi, todavia, fixada a alternância quinzenal postulada pelo agravante, o que acabaria por aproximar-se mais da guarda alternada.

No que se refere à divisão do tempo de convivência, assunto analisado pelo acórdão ao qual a ementa colacionada se refere, Flávio Tartuce faz críticas a seu respeito, dando o nome de custódia física dividida ao fracionamento equilibrado do tempo de convívio. Ressalta, ainda, que a alternância de guarda, uma vez que na modalidade alternada a guarda se dá de modo unilateral no período de tempo pré-definido, bem como de lares, não se dá ao melhor interesses dos filhos, fazendo com que estes percam o seu referencial.²²⁰

A doutrina e a jurisprudência mostram-se, portanto, alinhadas ao entender que a mudança constante de residências não atende ao melhor interesse dos filhos, ao menos na maioria dos casos. Ademais, é importante ressaltar a diferença entre a guarda compartilhada e alternada nesse tema, uma vez que em ambas pode e deve haver uma divisão de tempo de convívio, remanescendo a diferença de que, na primeira, essa divisão é equilibrada e não necessariamente igualitária, enquanto que, na segunda, há uma repartição idêntica e previamente combinada do tempo de convívio, de modo que cada genitor exerça as atribuições da guarda naquele período.

Cabe ainda discorrer acerca da modalidade nidação ou aninhamento, hipótese em que os genitores alteram a sua morada, sucessivamente, permanecendo a criança sempre em uma mesma moradia, revezando-se os pais na sua companhia. Além das casas individuais de cada genitor, haveria

²²⁰ TARTUCE, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória – Análise Crítica da Lei 13.058/2014 – Parte I**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise> Acesso em: 07/11/2016.

uma terceira casa, na qual o filho residiria, geralmente o domicílio utilizado pela família antes da dissolução da sociedade conjugal. A aplicação dessa modalidade é rara, ocorrendo mais correntemente nos Estados Unidos.²²¹

Também conhecida como guarda nidal, em referência à manutenção da prole no “ninho”, ou seja, em um local de residência específico do filho, tendo como objetivo a tentativa de atender ao melhor interesse do vulnerável, permanecendo este sempre no mesmo ambiente para que ele não perca as suas referências. No entanto, muitas dificuldades decorrem deste arranjo, como, por exemplo, nos casos em que os pais passam a ter outros relacionamentos e outros filhos de novas uniões, bem como o maior dispêndio financeiro pela necessidade de existência de outra residência para onde o pai ou a mãe possam ir quando o outro genitor assumir os cuidados do filho na moradia de residência permanente deste.²²² Em razão dessas dificuldades, Rolf Madaleno aduz ser esse tipo de guarda totalmente inviável, chamando-a de “ficção jurídica”.²²³

Em resumo, neste subcapítulo foram estudadas as particularidades das modalidades de guardas aceitas no ordenamento jurídico pátrio, quais sejam a guarda unilateral, a guarda alternada e a guarda de nidação. Ademais, foram pinceladas algumas características da guarda compartilhada, de modo a diferenciá-la da modalidade alternada. É necessária, então, a análise da guarda compartilhada, em especial em razão das alterações trazidas pela Lei nº 13.058/2014.

3.2 COMPARTILHAMENTO DA GUARDA: QUESTÕES SIGNIFICATIVAS

A hipótese da guarda compartilhada não constava na redação original do Código Civil de 2002, sendo possível a escolha por essa modalidade, antes de 2008, se assim acordado pelos pais ou determinado pelo juiz, em razão da redação do artigo 1.583 que dispunha que se observaria o que os cônjuges

²²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. . **Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de Família – as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 599.

²²² OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar*. In **Tratado de Direito das Famílias**. Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 335.

²²³ MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**/ Rafael Madaleno, Rolf Madaleno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 113.

acordassem sobre a guarda dos filhos. Em 2008, o instituto foi regulamentado pela primeira vez, pela Lei nº 11.698, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do referido diploma legal, dispondo pela aplicação da guarda compartilhada “sempre que possível”.²²⁴

A utilização dessa expressão tinha o objetivo de aumentar a aplicação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, conforme entendimento jurisprudencial adotado à época, acabou por ser entendida como tendo pressuposto a necessidade boa relação entre os genitores para que pudesse ser deferido o pleito da guarda ora estudada. Nesse sentido, as decisões judiciais pouco foram alteradas, mantendo-se a regra geral da guarda unilateral, atribuída, via de regra, à figura materna, não se conseguindo conquistar o resultado desejado pela lei.²²⁵

Visando a garantir a aplicabilidade da guarda compartilhada na maioria das situações, surgiu o Projeto de Lei nº 117/2013, o qual foi sancionado sem vetos, de modo a tornar obrigatório o compartilhamento da guarda, inclusive

²²⁴ Redação dos artigos dada pela Lei nº 11.698/08: “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. § 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação. § 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. § 4º (VETADO).” (NR) “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho. § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.” (NR)

²²⁵ ZAMARIOLA, Aldrin Teubl 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**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, n 4 – Jan-Fev/2015, p. 24,25.

em caso de litígio, que, com a edição da Lei nº 13.058/2014, alterou novamente os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.²²⁶

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.

§ 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:

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

§ 4º (VETADO).

§ 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)

Em relação às alterações realizadas no artigo 1.583 pela Lei 13.058/14, três principais questões merecem destaque. O *caput* do artigo permaneceu inalterado, porém foram retirados os critérios objetivos para determinar a guarda unilateral, bem como foi definido que o tempo de convívio deve ser dividido de forma equilibrada entre os genitores no caso da guarda compartilhada.

Outra substancial alteração se refere à fixação de uma cidade base de moradia, a qual deverá atender ao melhor interesse dos filhos. Quanto à supervisão dos interesses da prole, a Lei de 2008 já trazia essa previsão. No entanto, a novel legislação foi além ao dispor que qualquer dos genitores é parte legítima para solicitar prestação de informações, bem como de contas, em situações que afetem a vida de seus filhos.

No que se refere ao artigo 1.584, também do Código Civil, importantes mudanças foram feitas por meio da nova lei. O *caput* do artigo, bem como os incisos I, II e o §1º, não tiveram a sua redação alterada. Reside na redação

²²⁶ Apesar de ter sido aprovado sem vetos, houve uma proposta de alteração feita pelo IBDFAM no sentido de substituir o termo “guarda compartilhada” por convivência familiar, o que certamente afastaria parte da confusão acerca da compreensão do tema. **Direito à convivência familiar – matéria de capa.** Revista IBDFAM. Edição 18, Janeiro de 2015, p. 11/12.

dada ao §2º a grande novidade colocada em pauta em 2014. A obrigatoriedade de aplicação do compartilhamento da guarda, na ausência de acordo e não mais sempre que possível como havia anteriormente sido definido, muda o panorama da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, as redações dadas aos §3º e §6º do referido artigo foram de suma importância ao definir que o juiz poderá basear-se em orientação de técnico profissional ou de equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições dentro do arranjo da guarda compartilhada de modo a visar à divisão equilibrada do tempo de convívio, bem como ao estabelecer a obrigação de estabelecimentos públicos ou privados de prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa. Veja-se:

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

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

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. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§ 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, de 2008).

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

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

§ 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.

§ 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. (

§ 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)

Antes de adentrar na análise pormenorizada dos principais aspectos da guarda compartilhada, em especial essas alterações promovidas pela lei de 2014, importante a compreensão do significado deste compartilhamento. Este pressupõe a titularidade e o exercício de ambos os pais relativo ao encargo, apesar da dissolução da sociedade conjugal ou da união estável, havendo uma corresponsabilidade entre eles, visando sempre uma maior convivência do filho com ambos os genitores.²²⁷

Mais especificamente, a definição extraída do Código Civil é que a guarda compartilhada prevê 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 do filho em comum, de modo que o tempo de convívio seja dividido equilibradamente, objetivando o melhor interesse dos filhos.²²⁸

Assim, percebe-se que a fixação da guarda compartilhada como regra tenta permitir que os filhos sofram menos em razão da separação dos pais, convivendo com ambos de maneira sadia e no maior período de tempo possível. Há, também, um esforço em instigar os genitores a dialogar mais, de modo que possam exercer em conjunto os seus deveres, mesmo que discordem de certas questões.

Um ponto significativo diz respeito ao tempo de convívio equilibrado. De fato, uma interpretação de que deve haver igualdade de tempo pode levar à confusão desse instituto com a guarda alternada, o que já foi verificado no tópico acerca desta modalidade de guarda, onde se pode perceber a falta de precisão técnica quanto ao assunto.

Reside neste tema uma das maiores dificuldades da aplicação, na prática, da nova lei da guarda compartilhada. A intenção na utilização da expressão “convívio compartilhado” não é de remeter a uma convivência dividida, mas sim de atender ao melhor interesse dos infantes, motivo pelo qual se busca o conforto dos filhos, de modo a permitir ampla convivência com ambos os genitores, permitindo, inclusive, um maior contato com a figura

²²⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Guarda compartilhada: um passo à frente em favor do filhos* In: Mário Delgado e Mathias Coltro (coord). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 197.

²²⁸ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 73.

paterna, que, por vezes, era negligenciada na hora da divisão do tempo de convívio.²²⁹

É possível, portanto, que esse tempo de convivência seja estabelecido previamente por meio de um plano de convivência elaborado em conjunto pelos pais, facilitando o exercício dessa autoridade parental em conjunto. O segredo, aqui, é que haja um envolvimento emocional e afetivo entre as partes e não, necessariamente, uma convivência diária e dividida salomonicamente entre os genitores e sua prole.²³⁰

Para tentar explicar como funciona a questão do convívio na guarda compartilhada, Rolf Madaleno traz os conceitos de guarda compartilhada física (*joint physical custody*) e de guarda compartilhada jurídica (*joint legal custody*), termos provenientes do direito anglo-saxão, em especial dos Estados Unidos da América. O autor aduz que a Lei nº 13.058/2014 refere-se a uma guarda compartilhada impura, pois pressupõe o compartilhamento do tempo de permanência com os filhos igualmente, enquanto que a Lei nº 11.698/2008 aplicaria a guarda compartilhada pura, aproximando-se do conceito de guarda compartilhada jurídica, de modo a compartilhar decisões a respeito da vida dos filhos.²³¹

Percebe-se, então, que o autor critica a novel legislação, caracterizando-a como guarda alternada, em razão das disposições acerca da divisão equilibrada do tempo de convívio. Flávio Tartuce também desaprova, respeitosa e, a mais recente legislação, por aproximar-se demasiado da guarda alternada, acrescentando que os critérios objetivos (afeto, saúde, segurança e educação) que constavam na lei anterior, sobre a fixação da guarda unilateral, deveriam ter permanecido na redação dada pela lei da guarda compartilhada obrigatória de 2014.²³²

Por sua vez, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos ressalta que a legislação mais recente instituiu, expressamente, a coexistência tanto da

²²⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 122-127.

²³⁰ *Ibidem*, p. 75, 76.

²³¹ MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 187-190.

²³² TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: direito de família**. 10. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 244, 245.

guarda compartilhada jurídica, quanto física.²³³ Verifica-se, então, pela análise doutrinária, que as disposições sobre o tema podem gerar confusões sobre algumas questões. Porém, é cristalino o intuito legislativo de que a custódia conjunta, por meio do compartilhamento, deve se dar no melhor interesse dos filhos, não sendo necessária uma divisão de tempo de convívio exata destes com seus genitores, mas sim a possibilidade de divisão das decisões e da gestão da vida da prole. Nesse sentido, a flexibilidade é uma característica importante para o sucesso da guarda compartilhada. Duas importantes decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema merecem destaque:

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

1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei.
2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.
3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.
4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.
5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.
6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.
7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.
8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.

²³³ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74.

9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.

10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

11. Recurso especial não provido.²³⁴

O inteiro teor refere-se à situação anterior ao advento da Lei nº 13.058/14, uma vez que datada do ano de 2011, porém já contém esclarecimentos importantes para a consolidação do entendimento atual. Nas razões de decidir, demonstra-se que o conceito de guarda compartilhada, no seu âmago, prevê tanto a custódia legal, quando a custódia física, de modo que ambos os pais possam interferir no cotidiano dos filhos. A eminente relatora Ministra Nancy Andrighi, destaca, ainda, ser a divisão da custódia física a própria essência da legislação, devendo esta ser efetivada considerando-se os limites impostos pelo caso concreto. Diferentemente da guarda alternada, que pressupõe ter cada genitor a custódia legal e o poder decisório, decorrente da unilateralidade da guarda, enquanto detém a custódia física.

Outro importante aspecto, também relacionado com a divisão equilibrada do tempo de convívio, apresenta-se nos casos de genitores que residem em cidades distintas. Com o advento da nova lei, restou estabelecido que “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender ao interesse dos filhos”. Flávio Tartuce critica, neste aspecto, a possibilidade reconhecida pela legislação de o filho morar em duas casas e, até mesmo, residir em duas cidades distintas. O autor traz ainda a importante manifestação do Professor José Simão que, em artigo publicado logo após o início da vigência da nova lei, já salientava ser essa disposição nefasta, contrária às opiniões dos especialistas da área de psicanálise, uma

²³⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1251000/MG, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 23/08/2011. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271251000%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271251000%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271251000%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271251000%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO) Acesso em: 12/11/2016.

vez que a criança sofreria o drama do duplo referencial, na existência de duas casas, quase como se tivesse duas vidas distintas.²³⁵

Por outro lado, Conrado Paulino da Rosa defende que a fixação de quem detém a custódia física do filho foi tratada pela legislação através do termo “base de moradia”, sendo possível a determinação da guarda compartilhada, residindo os pais na mesma cidade ou não, utilizando-se como critério de escolha a residência que atender ao melhor interesse dos filhos, não fazendo qualquer menção quanto a eventuais prejuízos sofridos pela prole.²³⁶ Rafael e Rolf Madaleno destacam que a distância geográfica, inclusive se os pais morarem em cidades diferentes, não impediria o compartilhamento da custódia definido pela legislação atual, devendo apenas ser respeitados, se conveniente, períodos mais extensos de tempo de convívio com cada genitor para não ocasionar transtornos ao menor, sendo mais importante o exercício conjunto do poder familiar por meio da guarda compartilhada jurídica do que o compartilhamento físico da guarda.²³⁷

Percebe-se, portanto, que a leitura literal do §3º do artigo 1.583 do Código Civil permite que haja o compartilhamento da guarda por pais que morem em diferentes localidades, o que é apoiado por parte da doutrina. No entanto, outra parcela da doutrina julga nocivo o referido dispositivo, uma vez que prejudicial ao sadio desenvolvimento da prole.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, alinha-se às disposições doutrinárias que consideram ser o compartilhamento, nesses casos, inviável. Recente julgado esclarece algumas questões sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. LIMITES GEOGRÁFICOS. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores.
2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação.

²³⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 5: direito de família**. 10. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 245.

²³⁶ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 76-78.

²³⁷ MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 200; MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família**: 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 474.

3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes.
4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7 deste Tribunal.
5. Recurso especial não provido.²³⁸

No julgado em comento, os genitores residem em estados distintos, no Rio Grande do Sul e em Santa Catarina, de modo que o relator, apesar de reconhecer a obrigatoriedade e a preferência da guarda compartilhada em relação às outras modalidades de guarda, entendeu que neste caso concreto a dificuldade geográfica e o princípio do melhor interesse dos menores impediriam a fixação do compartilhamento da custódia. O relator aduz, ainda, que, em atendimento ao §3º do artigo 1.583, o domicílio da genitora é o que melhor atende ao interesse das filhas vulneráveis nesse caso. No inteiro teor, destaca ainda que, apesar do distanciamento geográfico, o genitor deve manter o máximo de convívio possível com as suas filhas, participando do cotidiano delas, utilizando-se dos recursos tecnológicos disponíveis, uma vez que o seu poder familiar permanece intacto independente da impossibilidade de fixação do compartilhamento da guarda.

Sobre esse assunto, Ana Carolina Brochado Teixeira ressalta que a orientação legal não é de uma divisão exatamente igual de tempo, de modo que o filho possua duas moradias:

A organização do cotidiano dos filhos – ou fixação de visitas, para utilizar termos mais tradicionais – é de suma relevância, a fim de se evitar abusos no exercício da autoridade parental. No que tange a tal organização, a Lei 13.058/2014 deu nova redação ao §3º do art. 1.584, que facultou ao juiz basear-se em estudo técnico-profissional para se orientar quanto à convivência entre os pais, com vistas a uma divisão equilibrada do tempo dos filhos. Note-se que a lei não diz igualitária, pois afinal, a arquitetura da rotina dos menores deverá seguir os seus interesses e não uma divisão que necessariamente deva ser equânime entre os pais. Prova de tal afirmativa é a fixação da moradia dos filhos, que deve ser norteada pelo interesse desses; se a divisão de tempo fosse obrigatoriamente igualitária, a moradia deveria ser fixada na casa de ambos, o que não é a orientação legal.²³⁹

²³⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1605477/RS, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. 4ª Turma. Julgado em: 21/06/2016 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2> Acesso em: 14/11/2016.

²³⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. *A (des)necessidade da guarda compartilhada*. In: Mário Delgado e Mathias Coltro (coord). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 34, 35

Ao tratar desse tema, a autora destaca que é necessário dimensionar como se dará a coparticipação dos genitores na vida dos filhos, sendo inviável que ambos os pais tenham contato e façam-se presentes de maneira constante, ressaltando a importância da questão da fixação de moradia trazida pela mais recente legislação para que a criança e ou o adolescente criem seus pontos de referência e seus laços de amizades.²⁴⁰

Assim, verifica-se que a legislação deve ser aplicada sob a ótica dos princípios constitucionais, em especial o melhor interesse da criança e do adolescente, sendo o entendimento jurisprudencial adotado no sentido de impossibilitar o compartilhamento nos casos de genitores que residem em cidades diferentes, pois isso inviabilizaria o exercício da guarda compartilhada.

No acórdão supracitado, percebe-se que a novel legislação pode ser encarada como guarda compartilhada física, o que pressupõem o compartilhamento equânime do tempo de convívio. O relator não realiza essa diferenciação entre guarda física e guarda jurídica, porém destaca que o pai, mesmo com o distanciamento físico e com a impossibilidade da guarda compartilhada, deve participar do cotidiano das filhas, uma vez que ainda detentor do poder familiar.

Por isso, importante novamente diferenciar “guarda” de “convivência familiar”, sendo o primeiro o modo de gestão dos interesses do filho, podendo este se dar de modo conjunto ou unilateral, e o segundo sendo relativo ao período de convivência dos filhos com seus genitores, sendo cabível a definição desses períodos qualquer que seja a modalidade de custódia adotada.²⁴¹

Como resposta às confusões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da guarda compartilhada física e jurídica, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos indica que a guarda física compartilhada poderia viabilizar a guarda jurídica compartilhada, pois possibilitaria um maior convívio e participação de ambos os genitores na vida dos filhos, permitindo a realização de diversas atividades e uma maior constância no convívio, possibilitando, por exemplo, o

²⁴⁰ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. *A (des)necessidade da guarda compartilhada*. In: Mário Delgado e Mathias Coltro (coord). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 34, 35.

²⁴¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65.

acompanhamento ao médico e a fiscalização dos estudos.²⁴² Em sentido contrário, pode-se entender pela impossibilidade de divisão da custódia física na hipótese de compartilhamento da guarda, sendo os períodos igualitários ou não, em razão da distância geográfica, sendo esse o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo menos até o presente momento.

Talvez seja necessário um maior amadurecimento da doutrina e da jurisprudência quanto ao tema, de forma a consolidar os entendimentos adotados. Isso porque, ao se definir que o tempo de convívio não precisa ser igualmente dividido entre os genitores, parece que há o entendimento de que a guarda definida pela Lei nº 13.058/14 abrange a guarda compartilhada jurídica. Em sentido oposto, quando é aplicado o entendimento de que há a impossibilidade de compartilhamento da guarda por genitores que residem em diferentes locais, parece ser confundido o conceito de guarda e convivência familiar, de modo a ser a nova lei entendida como adotante do conceito de guarda compartilhada física.

Quanto à obrigatoriedade de aplicação do compartilhamento da guarda, essa foi outra das principais alterações realizadas pela Lei nº 13.058/2014, se não a principal. Isso porque há a previsão no artigo 1.584, além da possibilidade de requerimento da guarda compartilhada pelas partes envolvidas, por consenso, há a hipótese de imposição desta modalidade, na ausência de acordo e estando ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja deter a guarda (§ 2º).

Não obstante a Lei nº 11.698/08 sugerisse a escolha pela guarda compartilhada “sempre que possível”, a adoção da guarda unilateral ainda possuía ampla preferência.²⁴³ Para que essa realidade fosse alterada, o

²⁴² RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família** – 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 84.

²⁴³ Conforme informação extraída da Revista Jurídica Consulex, os dados estatísticos do IBGE mostraram que, em 2011, apenas 5,42% das crianças e adolescente sob custódia de pais divorciados viviam sob a modalidade de guarda compartilhada, enquanto 87,64% estavam sob a guarda exclusiva materna e apenas 5,35% sob a guarda exclusiva paterna. (In: DIAS, Arlene Mara de Sousa. **Considerações sobre a obrigatoriedade da guarda compartilhada**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, v.19, n.434, 15 fev. 2015, p. 35.) Ademais, segundo informação retirada da Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família, proveniente das Estatísticas do Registro Civil, dos 324.921 divórcios realizados no Brasil em 2013, apenas 6,8% tiveram a guarda compartilhada deferida, enquanto em 86,3% a guarda unilateral foi dada às mulheres. (In: **Revista IBD FAM**. Edição 18, Janeiro de 2015, p. 9.) Por fim, em 2014, houve novo

legislador optou por corrigir a redação do §2º do artigo 1.584, para que, mesmo nas situações de ausência de acordo, seja imposta a guarda compartilhada.

Nesse ponto, a jurisprudência pode encontrar dificuldades em conciliar a legislação com os casos concretos. Em uma situação ideal, a guarda compartilhada deveria se aproximar ao máximo do modelo de gestão familiar existente antes da dissolução da sociedade conjugal, isso porque a relação parental deve continuar intacta e inalterada. Assim, o diálogo e o entendimento mútuo seriam necessários para a melhor solução dos problemas do dia a dia.

Segundo Rolf Madaleno, é indicado que se elabore até mesmo um plano de parentalidade²⁴⁴ para facilitar o compartilhamento da custódia física. Esse plano facilitaria a organização dos genitores, viabilizando, na prática, o exercício conjunto das atribuições inerentes à guarda.²⁴⁵ A execução diária desses encargos mostra-se difícil para genitores que possuem boa relação entre si. Logo, para os pais que não detém relação harmoniosa, e por vezes até beligerante, esta se verifica tarefa árdua. Como tornar, então, exequível a guarda compartilhada nas hipóteses de litígio?

Para o autor, a guarda compartilhada continua não sendo regra absoluta no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que ela deve ser conciliada com o melhor interesse da prole, podendo o magistrado julgador basear-se em orientações de equipe interdisciplinar ou técnico-profissional, bem como afastar a aplicação do compartilhamento da guarda, havendo graves motivos para tal. Nessa esteira, aduz quanto à impossibilidade da custódia compartilhada no caso de litígio, uma vez que essa imposição geraria graves consequências aos

crescimento no deferimento da guarda compartilhada, chegando no patamar de 7,5% dos casos, enquanto a guarda unilateral materna prevaleceu em 85,1% dos casos. Disponível em: <http://www.adfas.org.br/noticias/conteudo.aspx?ti=IBGE%20divulga%20n%C3%BAmeros%20de%202014:%20em%20uma%20d%C3%A9cada,%20div%C3%B3rcios%20aumentam%20161,4%.%20Pesquisa%20tamb%C3%A9m%20aponta%20crescimento%20no%20n%C3%BAmero%20de%20casamentos%20e%20guarda%20compartilhada%20no%20C3%BAltimo%20ano&id=3839> Acesso em: 17/11/2016. Percebe-se, portanto, pela análise dos dados, que ao longo dos anos há um tímido crescimento do compartilhamento da guarda, porém ainda existe uma massiva predominância da guarda unilateral, em especial da guarda unilateral materna.

²⁴⁴ O plano de parentalidade pode, por exemplo, ser apenas uma lista de atribuições de cada genitor, de modo a organizar as tarefas diárias do filho ou até mesmo ser uma tabela, viabilizando a prática da custódia física conjunta, em especial em razão das mais variadas atividades que as crianças e os adolescentes possuem no seu cotidiano.

²⁴⁵ MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família**: 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 474.

filhos submetidos à convivência em ambiente hostil, no qual não haja qualquer espécie de diálogo e entendimento entre os genitores.²⁴⁶

No mesmo sentido, para Ana Carolina Silveira Akel a guarda compartilhada é a modalidade que menos causa aos filhos o sentimento de abandono ou de perda, no entanto, para que a sua finalidade e seus benefícios sejam alcançados, é necessário que haja pelo menos uma relação cordial entre os genitores. Caso contrário, ao invés de fortalecer os vínculos afetivos, ocasionará mais desentendimentos, sendo prejudicial à sadia formação dos filhos. Ressalta que uma forma de facilitar a aplicação do compartilhamento da guarda é que se fixe essa em momento posterior, algum tempo após a separação, com o acompanhamento de equipe multidisciplinar, quando seja possível ao menos o mínimo diálogo pacífico.²⁴⁷

Contrapondo os entendimentos anteriores, cumpre destacar o precedente do Superior Tribunal de Justiça que, apesar de reconhecer que o ideal desenvolvimento da prole se dê em um ambiente harmonioso, a imposição judicial da custódia compartilhada, na ausência de consenso, é essencial para que a novel legislação não se torne letra morta:

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

1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

2. 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.

3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor,

²⁴⁶ MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família**: 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 475, 479. O §3º do artigo 1.584 e o artigo 1.586, ambos do Código Civil, contém essas disposições, de modo a garantir que as peculiaridades dos casos concretos serão respeitadas. Logo, por mais que seja recomendada a imposição judicial da guarda compartilhada, é permitido que o juiz analise se essa modalidade condiz com as características daquela relação familiar específica, para que o menor envolvido não seja prejudicado. Por isso, o autor afirma que a disputa litigiosa não é da índole da guarda compartilhada, uma vez que o processo judicial impregnado de rancor e de ressentimento pode fazer com que o compartilhamento da guarda não consiga atingir o resultado pretendido, que é de melhor fornecer condições para o bom desenvolvimento da prole.

²⁴⁷ AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada - uma nova realidade para o direito de família brasileiro* In: Mário Delgado e, Mathias Coltro (coordenadores). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 42, 43.

ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.

6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.

7. Recurso especial provido.²⁴⁸

Em suas razões de decidir, a relatora reconhece o caráter drástico da imposição judicial de uma modalidade de guarda, porém destaca que, na ausência de qualquer comunicação entre as partes, nenhuma espécie de guarda será satisfatória. Por isso, é necessário que a implementação do compartilhamento seja perseguida, através de um trabalho interdisciplinar, sendo a continuidade do convívio da criança com ambos os pais e uma completa participação de todos os envolvidos nos mais variados aspectos da vida dos filhos extremamente importante para que a lei não seja apenas uma ficção, sem aplicação real. Nesse sentido, a menos que haja empecilho insuperável para o deferimento da guarda compartilhada²⁴⁹, essa deverá ser imposta, não ensejando a mera inexistência de consenso, por negativa de uma das partes como no caso em questão, a impossibilidade de aplicação da modalidade de custódia ora estudada.

Mais recentemente, em 2016, a Corte confirmou o entendimento já exarado anteriormente, destacando a peremptoriedade da guarda compartilhada, à luz da nova redação do artigo 1.584 do Código Civil, a qual concedeu força vinculante e fixou presunção *jure tantum* a essa modalidade, de modo que a animosidade existente entre os ascendentes, traduzida na

²⁴⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1428596/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 03/06/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&b=ACOR&p=true&l=10&i=8> Acesso em: 12/11/2016.

²⁴⁹ Segundo entendimento vigente no Superior Tribunal de Justiça, já colacionado e comentado ao longo desse trabalho, a residência dos genitores em domicílios distintos é considerada como empecilho insuperável para a aplicação da guarda compartilhada.

declaração de um deles de que não deseja exercer a guarda de forma compartilhada, não enseja o afastamento dessa modalidade.²⁵⁰

Em que pese a existência de variações no posicionamento jurisprudencial relativo ao tema dentro do Superior Tribunal de Justiça²⁵¹, a relatora novamente destaca, no inteiro teor do acórdão julgado em setembro de 2016, a clareza das disposições legislativas, entendendo que um dos principais objetivos da Lei nº 13.058/2014 é justamente impedir que se mantenha uma situação de conflito, a qual dá mais poder ao genitor que detém a guarda. Desse modo, a prevalência da orientação legal, que fixa a imposição judicial mesmo em casos de litígios, busca atender ao melhor interesse da prole, uma vez que os benefícios proporcionados por esse compartilhamento serão mais condizentes com o interesse dos vulneráveis.

Parcela da doutrina concorda com essa ideia, entendendo que as sentenças devem se direcionar aos filhos e não devem estar à mercê dos caprichos parentais. Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos, por sua vez, destaca que essa imposição reforça o equilíbrio que deve existir nas relações familiares, proporcionando a ambos os pais igualdade de direitos e deveres²⁵², enquanto Conrado Paulino da Rosa destaca inclusive que a legislação visa, em especial, as situações em que os genitores não conseguem acordar quanto à melhor forma de gerir os interesses da prole. O autor salienta,

²⁵⁰ CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014). Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo "será" não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção - jure tantum - de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, in fine, do CC). Recurso conhecido e provido. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1626495/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 15/09/2016.

Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&b=ACOR&p=true&l=10&i=1> Acesso em: 15/11/2016. Exemplo desse mesmo posicionamento também podem ser encontrado no Recurso Especial nº 1560594/RS.

²⁵¹ Recurso Especial nº 1417868/MG reconheceu que, quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, deve ser contemplado o melhor interesse da prole, de modo que a imposição judicial da guarda compartilhada, naquele caso em específico, não seria condizente com as peculiaridades do caso. Recurso Especial nº 1560594/RS entendeu que o STJ não poderia modificar o acórdão recorrido, que concluiu pela improcedência do pedido de guarda compartilhada, pois isso demandaria reexame de provas, o que é vedado nos termos da Súmula nº 7/STJ.

²⁵² RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família** – 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 83.

ainda, que a guarda unilateral, acaba por afastar o filho do convívio do genitor não guardião, principalmente nas situações de extrema beligerância, podendo ocasionar até mesmo casos de alienação parental.²⁵³

Os casos em que um genitor influencia seus filhos contra o outro genitor são, infelizmente, extremamente recorrentes, podendo inclusive chegar a situações inimagináveis. Isso gera a seguinte pergunta: poderia a guarda compartilhada permitir a convivência, de forma a diminuir as ocorrências da Síndrome de Alienação Parental (SAP)?

A análise minuciosa do tema foge ao escopo do presente trabalho, no entanto, cabe breve reflexão sobre o assunto. A Lei nº 12.318/2010²⁵⁴ dispõe sobre a alienação parental, considerando atos alienadores aqueles que interfiram na formação psicológica dos filhos, induzido por um dos genitores ou por quem tenha a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, de modo a repudiar o outro genitor, causando prejuízos à manutenção de vínculos afetivos. A prática dos atos de alienação parental constitui abuso moral, podendo, se constatada a extrema gravidade e a continuidade da prática destes, ser declarada a suspensão da autoridade parental.

Como exemplo de formas de alienação parental, a legislação traz a hipótese em que um dos genitores dificulta o contato dos filhos com o outro genitor, bem como quando há a omissão de informações relativas à vida dos filhos, em especial questões escolares e médicas.

Quando verificada alguma situação alienatória, o artigo 4º da referida lei prevê que, a requerimento ou de ofício, em ação autônoma ou incidental, após a oitiva do Ministério Público, o juiz poderá determinar a realização de medidas provisórias para a proteção do menor alienado, de modo a assegurar a sua convivência com o genitor vítima da alienação.

Há, ainda, o caso extremo de implantação de falsas memórias, que ocorre quando, através da sistemática desmoralização de um genitor por outro, os filhos acabam por ter sua consciência manipulada, sendo situações

²⁵³ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 80-83.

²⁵⁴ BRASIL. Lei nº 12.3128/10. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm Acesso em: 16/11/2016.

fantasiosas tomadas como verdade.²⁵⁵ Dessa forma, o acesso facilitado entre os pais e sua prole, na guarda compartilhada, contribui como modo de evitar a perpetuação dos atos de alienação parental, sendo, inclusive, uma sugestão legislativa a ampliação do regime de convivência familiar em favor do genitor alienado, bem como a alteração de modalidade de guarda em favor da guarda compartilhada, se esta não estiver ainda fixada, como forma de tentativa de inibição ou atenuação dos efeitos da alienação parental.²⁵⁶

Por isso, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que a guarda compartilhada é o antídoto da alienação parental, com o objetivo de quebrar a estrutura de poder criada nas situações de dissolução das sociedades conjugais, nas quais as crianças tornam-se objetos dessa disputa pela soberania da gestão da vida dos filhos.²⁵⁷

Ainda sobre as questões significativas trazidas pela Lei nº 13.058/2014, houve grande inovação no acréscimo do §6º ao artigo 1.584 do Código Civil para determinar que qualquer estabelecimento público ou privado seja obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre seus filhos, sob pena de multa pelo não atendimento da solicitação.

Essa disposição é importante, pois a desigualdade na prestação de informações gera o distanciamento do filho e do genitor que tenha menor convívio com a criança e com o adolescente, enfraquecendo os vínculos afetivos existentes e facilitando a ocorrência de casos de alienação parental.

Essa obrigatoriedade de prestação de informações abrange qualquer modalidade de guarda, isso porque o direito nato de exercer o poder familiar não desaparece nem nos casos em que a guarda é unilateral.²⁵⁸ No caso da guarda compartilhada, esse dever de informação acaba por estender a

²⁵⁵ MARGRAF, Alencar Frederico; SVISTUN, Meg Francieli. **Guarda compartilhada: uma tentativa de diminuir a alienação parental.** Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 16, n. 61, jan/mar. 2015, p. 269.

²⁵⁶ Essas formas de atenuar ou inibir a prática de atos alienadores constam nos incisos II e V, do artigo 6º, da Lei da Alienação Parental, devendo ser aplicados, entre outras atitudes, conforme a gravidade do caso.

²⁵⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Guarda compartilhada obrigatória: em benefício dos filhos.** Revista Jurídica Consulex, Brasília, v.19, n.434, 15 fev. 2015, p. 36, 37.

²⁵⁸ MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica/** Rafael Madaleno, Rolf Madaleno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 309.

aplicação prática desta, concedendo maior efetividade ao instituto, de modo que haja a menor alteração possível na relação parental com os filhos.²⁵⁹

Além da prestação de informações, há também a possibilidade de prestação de contas, resultante do dever de supervisão, fixado pelo § 5º do artigo 1.583, incluído pela lei de 2014. Nesse sentido, a prestação de contas tem relação com o pagamento de prestação alimentícia.

Cabe destacar que o direito ao recebimento de alimentos decorre, nos casos da relação entre pais e filhos, do vínculo familiar, podendo o *quantum* ser definido mediante acordo entre as partes ou ser fixado pelo juiz, consistindo o instituto no provimento, por parte do alimentante, de recursos básicos à sobrevivência do alimentando. De forma resumida, as principais características dessa prestação relativas às hipóteses de guarda são a irrenunciabilidade, a irrepetibilidade, a reciprocidade, a alternatividade e a divisibilidade, sendo os alimentos baseados no binômio possibilidade-necessidade e no princípio da solidariedade.²⁶⁰

O princípio da solidariedade, na esfera familiar, condiz com a prestação de alimentos, a qual é prevista e regulada pelos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil. Os parentes, os cônjuges e os companheiros podem pedir alimentos entre si para que possam viver de modo compatível com a sua condição social, caso não possuam condições de suprir, por si mesmos, as suas necessidades básicas. A fixação do valor da verba alimentar deverá respeitar a situação econômica da pessoa que suporta a obrigação, bem como a necessidade do indivíduo que a recebe. Diz-se recíproco, pois, na velhice, os filhos que algum dia puderam receber alimentos dos pais, também possuem o dever de sustentá-los, caso seja necessário. A renúncia à verba alimentar entre pais e filhos é inoperante, sendo a sua irrepetibilidade a regra, uma vez que, em razão do seu caráter alimentar, não pode o montante recebido ser posteriormente devolvido caso haja alteração no valor por exemplo. A alternatividade, presente no artigo 1.701 do Código Civil, traz a possibilidade dos alimentos serem fixados *in natura* ou não. A divisibilidade consiste em, se o parente que deve pagar alimentos não puder suportar totalmente o encargo

²⁵⁹ GUAZELLI, Mônica. **A nova lei da guarda compartilhada**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, n 4. Jan-Fev/2015, p. 16.

²⁶⁰ NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 512 as 532.

sozinho, outros parentes poderão ser chamados para complementar a verba, nos limites de suas possibilidades, conforme prevê o artigo 1.698. Para os casos de divórcios, o artigo 1.703 do Código Civil dispõe que, para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.

No caso da guarda compartilhada, a Lei nº 13.058/2014, não mencionou como deveria ser fixada a prestação alimentícia. Erroneamente, pode-se entender que não haveria necessidade de prestação de alimentos, uma vez que o convívio é compartilhado, devendo cada genitor suportar os custos enquanto estiver na companhia do filho.

No entanto, esse entendimento não deve prevalecer, uma vez que a fixação de verba alimentar é baseada no binômio necessidade-possibilidade e não na detenção da guarda.²⁶¹ Nesse mesmo sentido, não pressupondo a guarda compartilhada pura uma divisão igualitária do tempo de convívio, não seria condizente, portanto, com o afastamento da prestação alimentar, de forma que cada genitor suportasse os custos enquanto estivesse na companhia da prole, pois esse tempo não necessariamente é igual.²⁶² Ademais, existem diversos custos fixos que precisam ser levados em consideração, como pagamento de mensalidades de escola, cursos de línguas estrangeiras, atividades esportivas, custos médicos e dentários, entre outras despesas extraordinárias.

Logo, o dever de assistência alimentar permanece nas hipóteses de compartilhamento da guarda, podendo, nos casos concretos, ser organizado arranjo específico em razão da forma de convívio acordada. Assim, parte da prestação alimentícia pode ser fornecida através do provimento de alimentação, moradia e transporte, não sendo necessário que todo o valor e a forma de pagamento ocorram em dinheiro.²⁶³ Cumpre destacar, ainda, que, em razão do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, convencionou-se que o valor da verba alimentar pode ser reduzido ou majorado, considerando-

²⁶¹ GUAZELLI, Mônica. **A nova lei da guarda compartilhada**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, n 4. Jan-Fev/2015, p. 8.

²⁶² MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família**: 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 485.

²⁶³ OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar*. In **Tratado de Direito das Famílias**/Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 332.

se as peculiaridades dos casos analisados, por exemplo, se a declaração de imposto de renda apresentada por um genitor não for condizente com seus sinais exteriores de riqueza.²⁶⁴

Ademais, a Lei nº 13.058/2014 acrescentou o §5º ao artigo 1.583, vislumbrando a possibilidade de prestação de contas, decorrente do dever de supervisão dos direitos dos filhos, na guarda unilateral. Em razão do não afastamento da prestação alimentar na guarda compartilhada, presume-se ser cabível, também, o ajuizamento da prestação de contas em hipóteses de guarda compartilhada.

O valor da verba alimentar deve ser administrado pelo genitor guardião, de forma que a inovação legislativa busca afastar os impedimentos legais que existiam para que o genitor não guardião não pudesse interferir nessa situação. No entanto, em razão da irrepetibilidade dos alimentos, pode essa prestação de contas mostrar-se mais uma ferramenta para impulsionar conflitos, do que para resolvê-los. Flávio Tartuce afirma que o princípio da boa-fé deve ser exigido nesses casos, de modo que não haja abuso de direito, não sendo essa possibilidade de solicitação de prestação de contas apenas mais um modo de disputas entre pais que pensam mais no seu interesse próprio do que no melhor interesse de seus filhos.²⁶⁵

Assim, caso se constate que a verba não está sendo utilizada corretamente para o sustento da prole, Mônica Guazelli sugere o ajuizamento da ação revisional de alimentos, sendo a prestação de contas no caso de guarda de difícil documentação, o que inviabilizaria o cotidiano dos filhos, reconhecendo a possibilidade da prestação de contas apenas em casos extremos em que haja indícios irrefutáveis de abuso e de desvio da verba alimentar.²⁶⁶

Após apresentadas as principais questões controversas relativas à nova realidade da guarda compartilhada, percebe-se que a doutrina e a

²⁶⁴ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 105 a 108.

²⁶⁵ TARTUCE, Flávio. **Da ação de prestação de contas de alimentos: breve análise a partir da Lei 13.058/2014 e do novo CPC**. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI222327,11049-Da+acao+de+prestacao+de+contas+de+alimentos+Breve+analise+a+partir+da> Acesso em: 18/11/2016.

²⁶⁶ GUAZELLI, Mônica. **A nova lei da guarda compartilhada**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, n 4 – Jan-Fev/2015, p. 15.

jurisprudência restam por vezes conflitantes, interpretando de diversas maneiras os dispositivos legais. Conforme já foi mencionado, apenas o amadurecimento da jurisprudência quanto à matéria poderá assentar algumas perguntas para as quais as respostas ainda parecem ambíguas: É possível o compartilhamento da guarda em cidades distintas? Deve ser imposta a modalidade mesmo nos casos de litígio? Deve haver a divisão igualitária do tempo de convívio na guarda compartilhada?

Nesse sentido, o texto legal foi projetado com o intuito de enaltecer as relações familiares, privilegiando uma ampla participação de pais e mães de filhos em comum na vida de sua prole. A responsabilização conjunta, decorrente do compartilhamento, deve ser imposta judicialmente nos casos de litígio. Há o risco, porém, de que cada decisão que precise ser tomada transforme-se em objeto de discórdia, dificultando a sadia formação do caráter dos filhos, ocasionando até mesmo distúrbios psicológicos. Diante desse quadro, um possível caminho a ser percorrido, de modo a se construir uma relação com mais diálogo, ou até mesmo se constituir um consenso nas decisões, é a utilização da mediação como instrumento de adequação do compartilhamento do exercício conjunto das atribuições parentais à realidade da ruptura da sociedade conjugal.²⁶⁷

A mediação consiste em mecanismo de gestão de conflitos baseado na liberdade de escolha e na autodeterminação dos envolvidos no desenvolvimento de resultado desejado, sendo conduzido por mediador imparcial. No contexto familiar, esta alternativa se mostra de especial relevância, proporcionando espaço acolhedor para a solução de conflitos.²⁶⁸

Em 2015, a legislação aperfeiçoou-se nessa área através da Lei da Mediação²⁶⁹ e do Novo Código de Processo Civil²⁷⁰, no qual há a previsão

²⁶⁷ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável*. In: Mário Delgado e Mathias Coltro. (coord). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.p. 124-129.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 129.

²⁶⁹ BRASIL. Lei nº 13.140/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm Acesso em: 18/11/2016.

²⁷⁰ BRASIL. Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm Acesso em: 18/11/2016 Art. 694, *caput*: Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

legislativa de que, nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual das controvérsias, estando a disposição do magistrado equipe profissional de outras áreas para compor a mediação e a conciliação.

Nesse esteira, a redação do §3º do artigo 1.584, do Código Civil, dada pela Lei da Guarda Compartilhada de 2014, prevê que o juiz poderá basear-se em orientações de equipe interdisciplinar para definir os parâmetros do compartilhamento da guarda, motivo pelo qual a mediação apresenta-se como alternativa a auxiliar na solução dos conflitos, viabilizando uma construção mais saudável da guarda compartilhada.²⁷¹ Pode ser por meio da mediação que os genitores sejam mais cooperativos, coma possibilidade de negociação em conjunto de um plano de parentalidade que facilite o funcionamento da guarda compartilhada.²⁷²

A tentativa de desenlace dos conflitos através da mediação é ancorada, no caso da guarda em especial, nos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e no princípio da solidariedade, devendo o mediador, através do diálogo, buscar com que os genitores exerçam a sua autonomia de vontade priorizando os princípios constitucionais. O mediador possui importante papel também como facilitador da promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que permite que as parte exteriorizem seus sentimentos, de modo a conquistar uma convivência mais harmoniosa e feliz, afastando-se de situações de abuso e de conflitos.²⁷³

Para que o compartilhamento da guarda saia do papel e seja aplicado na maioria dos casos, sendo regra e não exceção, como é o objetivo da legislação, é necessário que haja uma mudança de comportamento não só dos genitores envolvidos, os quais devem buscar atender ao melhor interesse de seus filhos e não aos seus interesses pessoais, bem como advogados, juízes, membros do Ministério Público, assistentes sociais e a própria sociedade, os

²⁷¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável*. In: Mário Delgado e Mathias Coltro., Mathias (coord). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.p. 134, 135.

²⁷² MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica**/ Rafael Madaleno, Rolf Madaleno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 165, 166.

²⁷³ POMPEU, Renata Guimarães. *A mediação nos conflitos familiares: convite ao exercício dialógico da autonomia privada*. In **Problemas da família no direito**. Ana Carolina Teixeira et. al.. (organizadores). Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 113.

quais devem se adequar a essa nova realidade. A mudança de comportamento pode ser favorecida por intermédio da mediação, facilitando a solução dos conflitos familiares na esfera judicial.²⁷⁴

²⁷⁴ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 140.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é o primeiro espaço com o qual os indivíduos têm contato, desenvolvendo, a partir das relações tidas no seio dessa organização familiar, a sua personalidade e o seu caráter. Os seus principais aspectos transformam-se conforme a sociedade da qual faz parte, bem como no espaço de tempo em que existem. Entende-se que na contemporaneidade a família é vista sob a ótica eudemonista, pois pressupõe, em teoria, afeto recíproco e respeito mútuo.

De forma a compreender como essa concepção atual do modelo familiar foi moldado, importante entender as influências significativas advindas das famílias romana, germânica e canônica. Nessa esteira, o pátrio poder existente na sociedade romana transmutou-se no poder familiar hoje vigente, perdendo o caráter absoluto e autoritário, de modo a apresentar-se como poder-dever, objetivando garantir aos filhos as melhores condições de vida.

Essa alteração ocorreu ante a perspectiva civil-constitucional, que coloca os princípios constitucionais em evidência, preenchendo eventuais lacunas deixadas pela legislação e guiando as decisões, em especial referente a temas delicados, como é o caso das disputas de guarda, as quais envolvem interesses dos infantes, indivíduos vulneráveis e que podem precisar de proteção estatal. O princípio da dignidade da pessoa humana é o macroprincípio existente no sistema, conduzindo a ordem constitucional, de forma a garantir que todas as formas de família, independentemente da situação na qual se encontrem, proporcionem a dignidade a todos os seus membros.

O princípio da igualdade visa assegurar essa dignidade. A guarda compartilhada coloca homens e mulheres em posições iguais, estando ambos aptos a gerir os interesses de seus filhos em comum, devendo a convivência familiar ser dividida de forma equilibrada, para que as relações de afeto possam ser desenvolvidas e fortalecidas. Essa igualdade provém, também, das conquistas feministas, com a introdução da mulher no mercado de trabalho e de uma nova geração de pais, mais conscientes de seu importante papel na criação dos filhos.

A guarda compartilhada busca a obtenção dessa igualdade, com uma convivência familiar constante, possibilitando aos indivíduos uma vida digna e

solidária, sendo o seu objetivo mais relevante garantir que as crianças e os adolescentes tenham o seu melhor interesse salvaguardado, em razão de sua posição de vulnerabilidade.

Assim, caso os pais não estejam cumprindo com seus deveres referentes aos aspectos do poder parental, o Estado pode inclusive se intrometer nessa relação familiar privada, de modo a proteger as crianças e os adolescentes envolvidos em situação familiar disfuncional, sendo possível a suspensão e a extinção da autoridade parental.

Percebe-se uma confusão acerca dos institutos do poder familiar e da guarda, sendo esse o grande motivo causador de conflitos nas esferas familiares. A guarda compartilhada talvez nem precisasse existir se não houvesse tanta nebulosidade quanto ao tema, isso porque, por ser a guarda atributo do poder parental, permanecem existentes todos os demais direitos e deveres desse instituto, independente da modalidade de custódia escolhida.

Apesar da manutenção da autoridade parental por ambos os genitores, a guarda unilateral foi e continua a ser a mais escolhida no ordenamento jurídico brasileiro, conferida, majoritariamente, às mães, acabando essa exclusividade por afastar a convivência familiar constante entre pais e filhos, gerando o sentimento de que aquele que não detém a guarda, também não possui as prerrogativas emanadas pelo poder familiar.

Nesse sentido, a guarda compartilhada surgiu como forma de conceder, igualmente, aos genitores, a possibilidade de participarem ativamente da vida de seus filhos, uma vez que o tempo de convívio deve ser dividido equilibradamente. Essa questão é complexa e pode causar dúvidas na aplicação do compartilhamento. Isso porque a guarda compartilhada pode ser confundida com a guarda alternada, na qual se divide igualmente o tempo de convívio, sendo a guarda exclusiva do genitor, enquanto este se encontra na companhia do filho. A Lei nº 13.058/2014 traz o termo “equilíbrio”, objetivando que ambos os genitores possam participar ativa e cotidianamente da vida dos filhos, mas em nenhum momento determina que esse convívio seja dividido salomonicamente.

Por isso, não se pode falar que a “Nova Lei da Guarda Compartilhada” abordaria apenas a guarda compartilhada física, uma vez que lhe interessa o compartilhamento do poder decisório, bem como tenta atender ao melhor

interesse dos filhos ao proporcionar a estes um tempo de convívio equilibrado, porém não igualitário, com ambos os pais de modo a fortalecer os vínculos afetivos.

Outra importante questão analisada ao longo desse trabalho se refere à obrigatoriedade na aplicação do compartilhamento. Grande parte da doutrina se posiciona de forma contrária a essa disposição, enquanto que os Tribunais Superiores, em decisões recentes, já se pronunciaram favoravelmente. Verifica-se que pais de filhos em comum que conseguem manter o diálogo serão capazes de organizar arranjos satisfatórios nos quais ambos os genitores tenham contato com sua prole e participem da vida diária de seus filhos. É nos casos de ausência de entendimento, de litígio, que o Poder Judiciário é acionado. Assim, caso não se pudesse aplicar a guarda compartilhada única e exclusivamente por ausência de acordo esta teria pouca aplicação prática, sendo a legislação, com o passar do tempo, esquecida, tornando-se obsoleta.

A organização da vida dos filhos em ambiente litigioso não é fácil, porém essa dificuldade existe independente da modalidade de guarda, tendo a guarda compartilhada a vantagem de respaldar o direito de ambos os genitores de conviver com seus filhos, de participar das decisões de suas vidas, entre outros aspectos. Mais importante que isso, gera o sentimento de que ambos os pais têm a mesma importância para a vida de seus filhos, dificultando, inclusive a ocorrência de atos de alienação parental.

Nessa seara, a mediação facilita a adequação da guarda compartilhada às situações concretas. Não há solução fácil para situações complexas, sendo a aplicabilidade das disposições legais, surgidas com a Lei 11.698/2008, bem como com as mudanças realizadas pela Lei nº 13.058/2014, sujeita ao amadurecimento da jurisprudência e da doutrina.

Até mesmo a questão da fixação de uma cidade base de moradia parece um pouco controversa. Os tribunais superiores entenderam que o compartilhamento da guarda para pais que residem em localidades distintas não é possível. No entanto, isso pressupõe que o tempo de convívio deve ser igualitário, o que não é uma determinação imposta pela novel legislação, confundindo novamente o compartilhamento equilibrado com o instituto da guarda alternada.

Percebe-se, então, que a “Nova Lei da Guarda Compartilhada” busca garantir que todos os atributos do poder familiar possam verdadeiramente ser exercidos por ambos os genitores. Parece haver algumas questões controversas sobre as quais a doutrina e a jurisprudência ainda se mostram hesitantes ou conflituosas ao indicar o melhor caminho. Por enquanto, a mediação ganha destaque como forma alternativa na resolução de eventuais conflitos, facilitando a adequação das disposições legais às situações concretas.

Diante do exposto, entende-se que a guarda compartilhada, principalmente auxiliada pela mediação e pelo trabalho de equipe interdisciplinar, tem a possibilidade de propiciar uma ampla participação dos pais na vida de seus filhos, garantindo a eles uma vida mais digna, ampliando a convivência familiar, os vínculos afetivos, de forma a assegurar que os interesses das crianças e dos adolescentes envolvidos sejam protegidos. Importante considerar todos os aspectos inerentes à aplicabilidade do compartilhamento de forma cuidadosa, analisando-se sempre o caso específico, uma vez que, no que se refere a relações familiares, lida-se diretamente com a vida das pessoas e com as relações mais íntimas e importantes que elas possuem, devendo o Poder Judiciário ter sensibilidade ao examinar essas questões, garantindo a adequação da legislação à realidade, guiando-se, para tal, pelos princípios constitucionais norteadores do sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**, 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada - uma nova realidade para o direito de família brasileiro* In:, Mário Delgado e, Mathias Coltro (coordenadores). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

BRASIL. Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 13/09/2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 25/07/2016.

_____. Decreto nº 66.605/70. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-66605-20-maio-1970-408054-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 13/09/2016.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acesso em: 01/09/2016.

_____. Estatuto da Mulher Casada Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm Acesso em: 12/09/2016.

_____. Lei nº 11.698/08. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm Acesso em: 05/10/2016.

_____. Lei nº 12.3128/10. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm Acesso em: 16/11/2016.

_____. Lei nº 12.962/14. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12962.htm Acesso em: 29/09/2016.

_____. Lei 13.010/14. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm Acesso em: 30/09/2016.

_____. Lei nº 13.058/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm Acesso em: 05/10/2016.

_____. Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm
Acesso em: 18/11/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1159242/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 24/04/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=9> Acesso em: 30/09/2016

_____, Recurso Especial nº 1251000/MG, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 23/08/2011. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RE%27.clas.+e+@num=%271251000%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271251000%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RE%27.clas.+e+@num=%271251000%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271251000%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO) Acesso em: 12/11/2016.

_____. Recurso Especial nº 1605477/RS, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. 4ª Turma. Julgado em: 21/06/2016 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2> Acesso em: 14/11/2016.

_____. Recurso Especial nº 1428596/RS, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 03/06/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&b=ACOR&p=true&l=10&i=8> Acesso em: 12/11/2016.

_____. Recurso Especial nº 1626495/SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 15/09/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=guarda+compartilhada&b=ACOR&p=true&l=10&i=1> Acesso em: 15/11/2016

COULANGENS, Fustel de. **A Cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CRUZ, Maria Luiza. *Visão em Razão dos Princípios Fundamentais do Direito*. In: Mário Delgado e Mathias Coltro (Coordenadores). **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios Fundamentais norteadores para o Direito de Família**, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIAS, Arlene Mara de Sousa. **Considerações sobre a obrigatoriedade da guarda compartilhada**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, v.19, n.434, 15 fev. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**: 9. Ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira S.A. 1984.

FILHO, Washington Luiz Gaiotto. **Evolução Histórica envolvendo o Direito de Família.** Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10108 Acesso em: 25/07/2016.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Guarda compartilhada: um passo à frente em favor do filhos* In: Mário Delgado e Mathias Coltro (coord). **Guarda Compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016,

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de Família – as famílias em perspectiva constitucional/** São Paulo: Saraiva, 2011.

GIMENEZ, Angela. **Entrevista sobre a igualdade parental.** Revista IBDFAM. Edição 18, Janeiro de 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6, 9 Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada – quem melhor para decidir a respeito?** São Paulo. Pai Legal, 2002. Disponível em: <http://www.apase.org.br/81005-gcquemmelhor.htm> Acesso em: 04/11/2016.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário.** (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-22082012-152003/pt-br.php> Acesso em: 07/11/2016.

GUAZELLI, Mônica. *O princípio da igualdade aplicado à família* In **Direitos Fundamentais do Direito de Família.** Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno (Coordenadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *O conceito de família e sua organização jurídica.* **Tratado de Direito das Famílias.** Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **Direito à convivência familiar – matéria de capa.** Revista IBDFAM. Edição 18, Janeiro de 2015, p. 11/12.

_____. **Revista IBDFAM.** Edição 18, Janeiro de 2015,

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Guarda compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável.* In: Mário Delgado e Mathias Coltro. (coord). **Guarda Compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direito de Família e os Princípios Constitucionais*. In **Tratado de Direito das Famílias**. Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

MADALENO, Rafael. **Guarda compartilhada: física e jurídica/** Rafael Madaleno, Rolf Madaleno. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MADALENO, Rolf, 1954. **Curso de Direito de Família**: 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARGRAF, Alencar Frederico; SVISTUN, Meg Francieli. **Guarda compartilhada: uma tentativa de diminuir a alienação parental**. Revista de Direito Privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 16, n. 61, jan/mar. 2015.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, v. 5: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NETO, Francisco Quintanilha Vêras, **Direito Romano Clássico: seus institutos jurídicos e seu legado - Fundamentos de História do Direito/Antonio Carlos Wolkmer** (organizador). 6 Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. **A Instituição da Família em a Cidade Antiga/ Fundamentos de História do Direito**. Antonio Carlos Wolkmer (organizador) – 6 Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

OLIVEIRA, Euclides de. *Alienação parental e as nuances da parentalidade – guarda e convivência familiar*. **Tratado de Direito das Famílias/Rodrigo da Cunha Pereira** (organizador), Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano**. Canoas. Ed ULBRA. 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção dos Direitos das Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm Acesso em: 01/09/2016.

PAULO, Alexandre Ribas de. **Fundamentos de História do Direito/ Antonio Carlos Wolkmer** (organizador). 6. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil/ atual**. Tânia da Silva Pereira – 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Famílias Possíveis: novos paradigmas na convivência familiar* In **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. Rodrigo da Cunha Pereira (organizador), Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4 ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

POMPEU, Renata Guimarães. *A mediação nos conflitos familiares: convite ao exercício dialógico da autonomia privada*. In **Problemas da família no direito**. Ana Carolina Teixeira *et. al.*. (organizadores). Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder Familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70065570517. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. , Sétima Câmara Cível. Julgado em: 30/09/2015.. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065570517&num_processo=70065570517&codEmenta=6503187&templntTeor=true Acesso em: 22/11/2016.

_____. Agravo de Instrumento nº 70070317036. Relator: Des. Luis Felipe Brasil Santos. Sétima Câmara Cível. Julgado em: 27/10/2016 Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70070317086&num_processo=70070317086&codEmenta=7038529&templntTeor=true Acesso em: 07/11/2016.

_____. Agravo de Instrumento nº 70065602482. Relator: Des. José Pedro de Oliveira Eckert. Oitava Câmara Cível. Julgado em: 20/08/2016. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70065602484&num_processo=70065602484&codEmenta=6429784&templntTeor=true Acesso em: 07/11/2016.

_____, Apelação Cível Nº 70061153391. Relator: Des. Rui Portanova. Julgado em: 14/08/2014. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70061153391&num_processo=70061153391&codEmenta=5966657&templntTeor=true Acesso em: 24/10/2016.

_____. Apelação Cível Nº 70038220976, Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz, Oitava Câmara Cível Julgado em 14/04/2011. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70038220976&num_processo=70038220976&codEmenta=4095356&templntTeor=true Acesso em: 22/11/2011.

_____. Apelação Cível Nº 70056072267, Relator: Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Oitava Câmara Cível Julgado em 31/10/2013. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca

a=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70056072267&num_processo=70056072267&codEmenta=5533231&temIntTeor=true Acesso em: 22/11/2016.

_____. Apelação Cível Nº 70065493538, Relator: Des. José Pedro de Oliveira Eckert. Oitava Câmara Cível Julgado em: 06/08/2015 http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70056072267&num_processo=70056072267&codEmenta=5533231&temIntTeor=true Acesso e, 22/11/2016.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, Aurélia Carla Queiroga da; BONIFÁCIO, Artur Cortez, *Repercussão da dignidade da pessoa humana e os desafios da concretização dos princípios estruturantes do direito de família contemporâneo*. In **Direitos Fundamentais & Justiça**. ano 6, nº 19 (abr/jun. 2012), Porto Alegre: HS Editora, 2012.

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

_____. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória – Análise Crítica da Lei 13.058/2014 – Parte I**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise> Acesso em: 07/11/2016

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. *A (des)necessidade da guarda compartilhada*. In: Mário Delgado e Mathias Coltro (coordenadores).. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TSUTSUI, Priscila Fialho. **Paterfamilias, casamento e divórcio na Roma Antiga**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,paterfamilias-casamento-e-divorcio-na-roma-antiga,45892.html> Acesso em: 25/07/2016.

WELTER, Belmiro Pedro. *A secularização do Direito de Família* In **Direitos Fundamentais do Direito de Família**. Coordenador Belmiro Pedro Welter e Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

ZAMARIOLA, Aldrin Teubl 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**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, n 4 – Jan-Fev/2015.