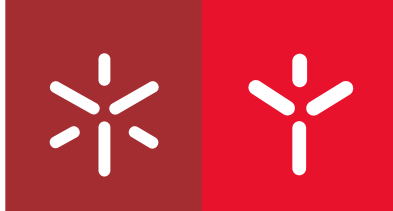


Universidade do Minho
Escola de Direito

José Antonio Cordeiro de Oliveira

**A Obrigatoriedade da Guarda Compartilhada
em Contraposição ao Princípio do Superior
Interesse da Criança: Uma Análise do
Ordenamento Jurídico Brasileiro**

outubro de 2019



Universidade do Minho

Escola de Direito

José Antonio Cordeiro de Oliveira

**A Obrigatoriedade da Guarda Compartilhada
em Contraposição ao Princípio do Superior
Interesse da Criança: Uma Análise do
Ordenamento Jurídico Brasileiro**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direitos Humanos

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Eva Sónia Moreira da Silva

outubro de 2019

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações
CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Começo agradecendo a Deus pelo privilégio da vida. Sem a fé que tenho nEle, a conclusão desta dissertação não seria possível. Ele que sempre esteve guiando meus caminhos e permitindo com que eu conseguisse sonhar, realizar os sonhos e descobrir novos horizontes. A Ele, toda honra e glória!

Agradeço imensamente à minha família. Confesso, emocionadamente, que as palavras são insuficientes para expressar o sentimento que tenho por eles e, hoje, quero deixar registrada a minha eterna gratidão por todo o apoio que recebo dos meus pais, Miro e Goretti, e pelo companheirismo constante dos meus irmãos, Ninho e Ana Clara. Agradeço também aos meus sobrinhos, Layla e Heitor, que, na inocência da infância, também torceram por esse momento.

À Professora Doutora Sônia Moreira pela honra de poder contar com a vossa orientação na elaboração do projeto de pesquisa e desta dissertação. Guardo enorme carinho pela Dra. Sônia por sua atenção, paciência e disponibilidade em me receber em seu gabinete, em responder aos e-mails e por ter me conduzido, seguramente, durante o desenvolvimento desse trabalho. Sem a sua capacidade e sem o seu compromisso com a produção científica este trabalho não teria a mesma qualidade.

Não poderia deixar de reconhecer a importância de todos os professores que tive durante a vida acadêmica, desde as “tias” do maternal aos professores do Mestrado. De forma especial, registro meus agradecimentos à Dra. Milena Barbosa por me apresentar o lado acadêmico de Portugal.

Ao longo de minha vida, tenho feito inúmeras amizades e, neste momento de conquistas quero registrar um agradecimento aos amigos que estiveram mais próximo dessa luta, acompanhando cada passo e torcendo, mesmo que distante fisicamente. São eles: Tayane, Raissa, Leandro, Natália, Patrícia e Daniela. Somando a esse time, têm os amigos que Braga me apresentou: Lucas, Gislaine, Laís, Yasmim, Amanda, Isla, Laís Natalino e Rodrigo, além de todos os colegas do mestrado.

Por fim, um agradecimento com gratidão àqueles a quem amo (amigos, familiares e “soledadenses”), que, ao longo dessa trajetória, compreenderam minha ausência física; bem como àqueles que não compreenderam, mas tiveram que se conformar com a mesma. Graças ao apoio, as orações e as palavras de incentivos de vocês é que consegui concluir esse trabalho.

Ufa! Confesso que não foi fácil chegar até aqui. Quando decidi sair da minha querida cidade, Soledade (situada no interior da Paraíba – Brasil), para estudar nas melhores Universidades do mundo, eu tinha ciência dos obstáculos que poderiam surgir nessa trajetória, mas decidi arriscar. Deu certo! Se tivesse a oportunidade de voltar no tempo, escolheria viver exatamente esses mesmos sonhos, trilhar os mesmos caminhos, ter os mesmos amigos e me tornar mestre em Direitos Humanos.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

A Obrigatoriedade da Guarda Compartilhada em Contraposição ao Princípio do Superior Interesse da Criança: Uma Análise do Ordenamento Jurídico Brasileiro

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar o ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito ao instituto jurídico da guarda compartilhada, especificamente a partir de sua obrigatoriedade, e contrapô-la ao Princípio do Superior Interesse da Criança.

Iniciamos o estudo analisando o poder familiar, reconhecendo que ele é oriundo da relação paterno-filial e é através desse poder que os pais são cobrados para estar mais próximo do cotidiano dos filhos, acompanhando o desenvolvimento integral deles.

Vários institutos jurídicos relacionados com as crianças foram alterados com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sobretudo com a constitucionalização do Princípio do Superior Interesse da Criança, em 1988, o qual integra a teoria da proteção integral da criança e estabelece que os interesses delas devem ser colocados em evidência, *inclusive* no exercício do poder familiar.

Como parte do poder familiar encontra-se a questão da guarda dos filhos menores. Dentre as modalidades de guarda, destacam-se: a unilateral, a compartilhada, a alternada e a atribuída a terceiros; entretanto preferimos abordar majoritariamente a guarda compartilhada porque ela permite uma convivência equilibrada entre os seus pais, mesmo que eles não vivam sob o mesmo teto.

A Lei n.º 13.058/14 alterou o Código Civil brasileiro e estabeleceu a obrigatoriedade da guarda compartilhada, mesmo não havendo acordo entre os pais, desde que eles estejam aptos a exercer o poder familiar. A exceção ocorre quando um dos genitores declarar perante o juiz o desinteresse na guarda do filho.

A partir da análise da doutrina e jurisprudência brasileira, pretendemos responder à questão: a obrigatoriedade da guarda compartilhada fere o Princípio do Superior Interesse da Criança? Essa resposta deve levar em consideração a existência de litígios entre os pais após, o rompimento da relação conjugal, com as suas peculiaridades.

Palavras-Chaves: Crianças, Guarda Compartilhada, Obrigatoriedade, Princípio do Superior Interesse da Criança.

The obligation of joint custody in contraposition to the Principle of the Best Interest of the Child: an analysis of the Brazilian legal system

ABSTRACT

This research intends to analyze the Brazilian legal system regarding the legal institution of joint custody, specifically based on its obligation, and to counter it with the Principle of the Best Interests of the Child.

We began the study by analyzing family power, recognizing that it comes from the parent-child relationship and it is through this power that parents are charged to be more attentive to their children's daily lives, accompanying their development integral.

Various institutions related to children were amended with the promulgation of the Brazilian Federal Constitution of 1988, especially with the constitutionalization of the Principle of the Best Interests of the Child, which includes the theory of integrated child protection and establishes that their interests should be emphasized, including the exercise of family power.

Within family power, the issue of child custody can be found. Among the types of custody, the following stand out: sole, joint, alternating and third party; however, it is preferable to approach mostly joint custody because it allows a more balanced life with their parents, even if they do not live under one roof.

The Law No. 13.058/14 amended the Brazilian Civil Code and established the obligation of joint custody, even if there is no agreement between parents, provided that they are able to exercise family power. The exception occurs when one of the parents declares to the judge that they are not interested in the custody of their child.

From the analysis of Brazilian doctrine and jurisprudence, this research intends to answer the question: does the obligation of joint custody violate the Principle of the Best Interests of the Child? This question must take into account the existence of disputes between parents, after the end of their conjugal relationship, with its peculiarities.

Keywords: Children, Joint Custody, Obligation, Principle of the Best Interests of the Child.

ÍNDICE GERAL

AGRADECIMENTOS	iii
RESUMO.....	v
ABSTRACT	vi
ÍNDICE GERAL	vii
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	ix
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – O PODER FAMILIAR.....	4
1. Enquadramento conceitual e jurídico	4
2. Evolução histórica	7
3. O exercício do Poder Familiar	13
4. A restrição e a extinção do Poder Familiar.....	19
5. O Princípio da Igualdade entre os pais	22
6. O Princípio do Superior Interesse da Criança	27
CAPÍTULO II – GUARDA E PROTEÇÃO DOS FILHOS	32
1. Enquadramento conceitual	32
2. Evolução da guarda no direito brasileiro.....	36
2.1. A ruptura dos laços familiares.....	43
2.2. Modalidades de guarda	47
2.2.1. <i>Guarda unilateral</i>	49
2.2.2. <i>Guarda alternada</i>	52
2.2.3. <i>Guarda atribuída a terceiros</i>	55
2.2.4. <i>Guarda compartilhada</i>	57
3. O exercício das responsabilidades parentais no direito português	59
CAPÍTULO III – A GUARDA COMPARTILHADA E O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	63
1. O instituto da guarda no Código Civil de 2002 e a disciplina da guarda compartilhada feita pela Lei n.º 11.698/08.	63
2. As alterações promovidas pela Lei n.º 13.058/14	68
3. Quadro comparativo entre a redação originária do Art. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 e as modificações após a Lei n.º 11.698/08 e pela Lei n.º 13.058/14	72

4. A importância do Superior Interesse das Crianças frente à obrigatoriedade da guarda compartilhada.	75
5. Jurisprudências dos Tribunais de Justiça de alguns Estados brasileiros e do Superior Tribunal de Justiça.	80
CONCLUSÃO.....	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	95
JURISPRUDÊNCIA	107

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CC – Código Civil Brasileiro de 2002

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cf. – Confrontar

Coord. – Coordenação

CP – Código Penal brasileiro

Dec. – Decreto

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

Ed. – Edição

FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

N.º – Número

ONU – Organização das Nações Unidas

Op. cit. – Obra Citada

P. – Página

Pp. – Páginas

S/d – Sem data

Segs. – Seguintes

STJ – Superior Tribunal de Justiça

Uminho – Universidade do Minho

USP – Universidade de São Paulo

Vol. – volume

INTRODUÇÃO

A família pode ser considerada a base da sociedade e merece proteção especial do Estado. Temos que reconhecer as inúmeras transformações que ela vem sofrendo nos últimos tempos, seja quanto à sua constituição, seja quanto à sua dissolução, seja quanto à necessidade de proteger os filhos, em especial os filhos menores.

Até há pouco tempo a família era associada apenas ao matrimônio e tinha o caráter quase que indissolúvel, com a visível prevalência da figura masculina sobre todos os membros do núcleo familiar e voltada para a proteção dos adultos em detrimento dos interesses dos filhos.

Esse “modelo” de família mostrou-se desatualizado e não mais correspondia aos anseios da sociedade, pois a mulher foi conquistando seu espaço no mercado de trabalho e os homens precisaram repensar a forma de tratamento do seu núcleo familiar. Além do mais, é notório o crescimento da personalização, deixando de lado a relevância que o patrimônio tinha e abrindo espaço para um novo modelo de família, baseado na dignidade dos seus membros.

Inclusive algumas formas de constituição de família (a exemplo das famílias monoparentais e das famílias homoafetivas) deixaram de ser rejeitadas para serem acolhidas pelo ordenamento jurídico, protegendo-as sem nenhum tipo de distinção ou discriminação.

No Brasil, sobretudo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a família passou a ser considerada um espaço privilegiado de convivência, afeto, acolhimento e educação. O divórcio (ou a dissolução de qualquer vínculo conjugal) não é mais visto como um “tabu” e passa a ser aceite com naturalidade, pois os cônjuges não mais precisam de se submeter a situações indesejadas.

Com o fim dos relacionamentos conjugais, em meio aos vários sentimentos e às emoções existentes, há algumas questões que precisam de ser resolvidas pelo casal e, quando existem filhos menores, os pais precisam administrar também a gestão da vida dos filhos, o tempo de convivência, a guarda e a pensão alimentícia, pois eles são considerados seres humanos em desenvolvimento e, muitas vezes, encontram-se vulneráveis com a separação de seus pais.

Esse momento da vida dos filhos é um dos mais complexos no direito das crianças e dos adolescentes, pois o “espírito litigante” dos pais precisa de ser deixado de lado e deve ser dada ênfase aos interesses dos filhos. Esse contexto pode ser analisado por várias ciências, entretanto o nosso trabalho tem como foco as ciências jurídicas, reconhecendo que os pais e o Estado têm deveres em relação às crianças e aos adolescentes.

Desde já, é oportuno esclarecer que, ao longo desse trabalho, quando citarmos o termo “criança”, estamos nos referindo a todo ser humano menor de 18 anos de idade, conforme previsão da Convenção sobre os Direitos da Criança. É importante frisarmos isso porque o Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro faz uma distinção entre as fases da menoridade, estabelecendo que “criança” é a pessoa até doze anos de idade incompletos; e “adolescente” aquela entre doze e dezoito anos de idade. Assim como, ao utilizarmos o vocábulo “menor” estamos referindo as pessoas que não atingiram a maior idade civil, ou seja, às “crianças”.

Dito isso, é importante mencionar que, havendo consenso no divórcio ou não havendo filhos menores, o Estado não intervirá diretamente na dissolução conjugal, pois há a possibilidade de ser lavrada a escritura pública em cartório. Por outro lado, havendo conflito na dissolução, percebe-se claramente a dificuldade dos envolvidos em lidar com a situação e acabam transferindo as decisões para o Estado.

Nesse momento deve-se reconhecer que a relação paterno-filial não pode ser comprometida com o fim dos relacionamentos conjugais, isso porque os pais detêm o poder-dever de assistir, acompanhar, guardar, educar e orientar os seus filhos. Essas responsabilidades são oriundas do poder familiar e encontram limites na dignidade dos próprios filhos, pois eles são considerados protagonistas do próprio processo educacional.

Dentre essas atribuições encontra-se a guarda dos filhos. Pela legislação brasileira, essa guarda foi, por vários anos, atribuída de forma unilateral ao homem e, posteriormente, à mulher. Entretanto, com o advento da Lei n.º 11.698/08, foi estabelecida legalmente a possibilidade da atribuição da guarda compartilhada entre os genitores.

Todavia, na aplicação e interpretação da citada Lei, houve uma frequente confusão social da guarda compartilhada com a guarda alternada, a qual representa uma divisão do tempo em que ambos os pais exercem a guarda única de seus filhos, ou seja, ora a criança estará sob guarda do pai, ora estará sob guarda da mãe. Ambos os pais, no tempo em que estiverem com a criança, têm o poder exclusivo de decisão sobre todas as circunstâncias.

No entanto, o legislador brasileiro elaborou e aprovou a Lei n.º 13.058/14, para melhor esclarecer que o compartilhamento pode acontecer mesmo com os pais residindo em locais diferentes. Estabeleceu ainda que essa modalidade é obrigatória quando os pais estejam aptos a exercer o poder familiar, mesmo nos casos em que exista litígio entre os pais. A exceção é quando um dos pais declarar ao juiz o seu desinteresse na guarda.

Todavia, essa obrigatoriedade deixa de considerar as peculiaridades dos casos, de forma que devemos recorrer aos Princípios Constitucionais para melhor analisar o deferimento da guarda dos filhos quando houver conflitos entre os pais. Um desses Princípios é o do Superior Interesse da Criança, que integra a teoria da proteção integral das crianças e que abrange todas as situações que envolvam, diretamente ou indiretamente, os interesses das crianças, os quais devem sempre prevalecer.

Para se fazer respeitar os interesses das crianças, não se pode atribuir “obrigatoriedades” genéricas e “imposições” sem análise do caso em concreto. Nesse ponto, os juízes têm um importante papel para fazer respeitar esses interesses, *inclusive*, quando for necessário, podem ser auxiliados por uma equipe interdisciplinar.

No desenvolvimento deste trabalho iniciaremos o capítulo I apresentando o poder familiar a partir do seu enquadramento conceitual e jurídico. Em seguida abordaremos a sua evolução histórica, quando era considerado como “pátrio poder”, para chegarmos ao conteúdo do seu exercício e em quais situações podem ocorrer restrição ou extinção desse poder-dever. Ainda no capítulo I analisaremos dois Princípios que estão diretamente relacionados com as questões relativas ao poder familiar, são eles: o Princípio da Igualdade dos Pais e o Princípio do Superior Interesse da Criança.

No capítulo II abordaremos a guarda e a proteção dos filhos, como sendo uma das obrigações decorrentes do poder familiar. Analisaremos o seu enquadramento conceitual e a sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse tópico compreenderemos melhor as modalidades de guarda de filhos e, ao final do capítulo apresentaremos algumas considerações sobre o exercício das responsabilidades parentais no direito português.

No último capítulo analisaremos as questões relativas à guarda compartilhada e ao Superior Interesse da Criança, a partir da trajetória jurídica da guarda compartilhada até chegar à sua obrigatoriedade, em 2014, *inclusive*, vamos poder comparar as alterações ocorridas no Código Civil de 2002, no tocante à guarda dos filhos, com um quadro comparativo. A partir daí, analisaremos a importância do Superior Interesse da Criança frente à obrigatoriedade da guarda compartilhada e, ao final, apresentaremos diversos julgados dos Tribunais Estaduais brasileiros e do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, apresentamos as nossas conclusões sobre o tema que propusemos estudar, destacando a importância da análise de todas as situações que compõem aquele caso em concreto. Somente a partir dessa análise é que faremos respeitar os interesses das crianças, pois, “obrigá-los” a suportar a guarda compartilhada não é o melhor caminho, conforme demonstraremos.

CAPÍTULO I – O PODER FAMILIAR

1. Enquadramento conceitual e jurídico

É impossível elaborarmos um enquadramento conceitual para poder familiar sem associá-lo à sua antiga nomenclatura, qual seja o “pátrio poder”, uma vez que o atual conceito é uma atualização daquele instituto jurídico face às reformulações dos valores sociais. Podemos encontrá-lo ainda como poder parental, autoridade parental ou responsabilidade parental¹.

Analisando a bibliografia mais antiga, percebemos que o conceito apresentado pelos autores Lafayette Rodrigues Pereira e Clóvis Bevilacqua atribuem à figura paterna um complexo de direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos, não fazendo menção à figura materna².

Ao longo do tempo, os autores já se adaptaram à evolução desse instituto, levando-se em conta ao Princípio da Igualdade entre os genitores, de forma que consideram o poder familiar como sendo um complexo de direitos e deveres exercido, em grau de igualdade e em colaboração, por ambos os pais sobre os seus filhos³. E, mais recente ainda, temos o poder familiar como sendo um conjunto de faculdades que os pais detêm sobre os seus filhos com a finalidade de contribuírem para o desenvolvimento e a formação integral deles, seja física, mental, moral, espiritual ou social⁴.

Ana Carolina Brochado Teixeira expõe que:

“O antigo pátrio poder tinha como principal escopo a gerência do patrimônio dos filhos, além de sobrelevar seu aspecto formal, de representação ou assistência dos menor para a prática de atos jurídicos. Sua essência era marcadamente patrimonial, pois o processo educacional não tinha tanto relevo, uma vez que se perfazia na autoridade paterna e no dever de obediência do filho. Essa ascendência era natural e inquestionada, além de ser fundamentada na desigualdade paterno-filial”⁵.

Essa concepção não mais subsiste porque as relações parentais não são mais a mesmas, pois a nova forma de se relacionar foi decisiva para as transformações do conteúdo da autoridade parental,

¹ Essa última nomenclatura é utilizada pelo ordenamento jurídico de Portugal, conforme veremos ao longo desse trabalho.

² Cf. Lafayette Rodrigues PEREIRA, *Direitos de família*, Rio de Janeiro, Fonseca Filho, 1910; Clóvis BEVILACQUA, *Direito de família*, 8.ª ed., São Paulo, Freitas Barros, 1956, *apud* Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, 8.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, pp. 43-44.

³ Cf. Silvio RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. 6, 28.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 360.

⁴ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, *op. cit.*, p. 45.

⁵ Cf. Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 136.

deixando de lado o autoritarismo para dar espaço ao fortalecimento dos vínculos parentais e à edificação da personalidade dos filhos⁶.

Na moderna concepção do poder familiar é exigido que os pais estejam mais presentes no cotidiano dos filhos, mesmo que eles não vivam em sociedade conjugal ou mesmo havendo conflito familiar entre si. *Inclusive* o abandono afetivo sofrido por filhos pode gerar uma responsabilização do genitor “negligente”, conforme julgamento no Superior Tribunal de Justiça⁷.

Não podemos esquecer a influência que algumas normas internacionais tiveram para essa nova concepção, dentre elas a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁸, que estabelece que as crianças devem ter cuidados e assistências especiais; a Declaração Universal dos Direitos da Criança⁹ e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança¹⁰, as quais prevêem um desenvolvimento pleno e harmonioso da personalidade da criança.

Neste sentido, a legislação brasileira garante que todas as crianças gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, conforme Art. 3.º da Lei n.º 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹¹. Ou seja, a criança é tratada como parte das relações parentais, de forma que elas passaram a ser o centro dessas relações, considerando-as sujeitos com direitos e não mais uma propriedade dos pais¹².

A expressão “poder familiar” propicia várias discussões entre os estudiosos de direito da família, entretanto a legislação brasileira é clara ao denominá-lo dessa forma, em substituição ao

⁶ Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira CHAMBERS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, 2ª. ed., São Paulo, Saraiva, 2016, p. 43.

⁷ “EMENTA: 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 consequente 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. (RECURSO ESPECIAL N.º 1.159.242 - SP (2009/0193701-9, RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI. JULGAMENTO: 24/04/2012)”, disponível para consulta em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/100798/Julgado_1.pdf (consultado em 10-04-2018).

⁸ O texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, encontra-se disponível para consulta em <https://www.unhcr.org/pt/informacao-sobre-a-onu/direitos-humanos/14> (consultado em 28-05-2019)

⁹ O texto da Declaração Universal dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 20 de novembro de 1959, encontra-se disponível para consulta em http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex41.htm (consultado em 28-5-2019).

¹⁰ O texto da Convenção Internacional sobre os direitos da criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1989 e que foi ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, encontra-se disponível para consulta em https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf (consultado em 28-08-2019).

¹¹ O texto da Lei n.º 8.069/90 encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm (consultado em 28-05-2019).

¹² Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 46.

“pátrio poder”¹³. O ponto crucial da divergência é com relação ao uso da palavra “poder”, tendo em vista a associação ao antigo “pátrio poder” e ao fato de ser considerado um “dever”, ou seja, uma atribuição delegada aos pais¹⁴.

Eduardo Oliveira defende que a expressão mais correta é “autoridade parental”, fundamentando a sua conclusão na igualdade, em direitos e deveres, do marido e da mulher, conforme Art. 226, §5.º da Constituição Federal de 1988¹⁵, expondo, ainda, que é inadmissível que atualmente ainda se use o termo “pátrio poder”¹⁶. Neste mesmo sentido, Maria Berenice Dias, apresenta que a autoridade parental melhor reflete o que propõe o Princípio da Proteção Integral das Crianças¹⁷.

Na legislação Portuguesa, com o advento da Lei n.º 68/2008¹⁸, o termo adotado para esse instituto jurídico é “responsabilidades parentais”, substituindo o termo “poder paternal”, tendo em vista que o termo “poder” remetia para a ideia de posse e hierarquia¹⁹ e o “paternal” deixa evidente a soberania da figura paternal, típico do modelo romano²⁰ (conforme abordaremos no tópico seguinte). Sendo assim, a nova terminologia adotada na legislação portuguesa propicia uma ideia de posição de igualdade entre o pai e a mãe, de forma que ambos devem exercer os interesses para o desenvolvimento integral da criança²¹.

Nos termos dos Art. 1877.º e segs. do Código Civil Português²², as responsabilidades parentais formam um complexo de poderes e deveres atribuídos (ou impostos) a ambos os pais para eles regerem as pessoas e administrarem os bens de seus filhos menores²³, cujos poderes-deveres são tidos como irrenunciáveis, inalienáveis e originários²⁴.

A adoção do termo “responsabilidades parentais” tenta desvincular a criança em relação aos pais (reais titulares do exercício das responsabilidades parentais) como forma de fazer uma distinção entre a relação conjugal (dos pais) e a relação parental, deixando claro que a destituição da primeira não pode influenciar a ruptura da segunda²⁵. Além do mais, o termo responsabilidade parental

¹³ A Lei n.º 12.010/09, em seu Art. 3.º determina essa substituição no ECA.

¹⁴ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 50.

¹⁵ O texto da Constituição Federal do Brasil de 1988 encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm (consultado em 28-05-2019).

¹⁶ Cf. Eduardo de Oliveira LEITE, *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 192.

¹⁷ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, 4.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 2171.

¹⁸ O texto da Lei n.º 68/2008 encontra-se disponível em para consulta <https://dre.pt/application/conteudo/249814> (consultado em 28-05-2018).

¹⁹ Cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 22.

²⁰ Cf. Bárbara Filipa Baptista GONÇALVES, *O exercício das responsabilidades parentais*, dissertação de mestrado, Coimbra, FDUC, 2016, p. 12.

²¹ Cf. Helena BOLIEIRO; Paulo GUERRA, *A criança e a família – uma questão de direito (s)*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 177.

²² O texto do Código Civil Português encontra-se disponível para consulta em <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view> (consultado em 28-05-2019).

²³ Cf. Francisco Pereira COELHO; Guilherme de OLIVEIRA, *Direito da família*, vol. 1, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 51.

²⁴ Cf. Antonio José FIALHO; Maria A. Tedesco VILARDO, “Alienação parental: quando o amor dá direito ao ódio”, *Revista do CEJ*, n.º 15, 2011, p. 140.

²⁵ Cf. Nádia Jerónimo Pereira Bastos FERNANDES, *A criança perante o litígio na regulação das responsabilidades parentais*, dissertação de mestrado, Braga, Uminho, 2015, p. 9.

“exprime uma ideia de compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais do filhos/as”²⁶.

Faz-se necessário apresentar também o termo de “função familiar”, adotado por Conrado Paulino da Rosa, o qual justifica o uso pela horizontalidade no seio familiar, explicando que:

“O exercício da parentalidade hoje é um constructo diário e diuturno que, diante das necessidades dinâmicas da prole, impulsionadas muitas vezes pela lógica do mercado, faz que os interesses dos filhos sejam, muitas vezes, construídos com esses e não apenas entre os genitores de forma impositiva. Nesse espaço verdadeiramente democrático, o diálogo ganha espaço, sendo repelida qualquer atitude que envolva o uso de violência, *inclusive* a psicológica, sendo a família um ambiente de verdadeira construção e não de destruição psíquica de criança e adolescente”²⁷.

Neste sentido, não discordamos das nomenclaturas apresentadas pelos vários autores e ou por outras normas internacionais (ou até interna de outros países, como a legislação portuguesa), mas o nosso trabalho é voltado a uma análise da legislação brasileira, de forma que preferimos utilizar o termo “poder familiar”, em virtude de ser o termo usado majoritariamente na legislação nacional. Evidente que, conforme já exposto, ambas as nomenclaturas remetem ao mesmo instituto jurídico.

No entanto, deixamos claro que no decorrer do nosso trabalho, ao tratarmos da aplicação desse instituto jurídico no Brasil o referiremos como sendo o poder familiar e, no que diz respeito às citações da sua aplicabilidade em Portugal, citaremos como responsabilidades parentais, como forma respeitar as legislações, doutrinas e jurisprudência de ambos os países.

2. Evolução histórica

Apresentaremos algumas considerações sobre a evolução histórica do poder familiar e iniciamos reconhecendo que as relações parentais sofreram (e continuam sofrendo) evolução ao longo dos anos, deixando de lado o seu caráter despótico original e ganhando uma conotação mais protetiva e construtiva para as crianças²⁸.

É verdade que as sucessivas alterações no interior da família estão, de alguma forma, relacionadas com as mudanças ocorridas nas relações públicas, entretanto não podemos ignorar as

²⁶ Cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, op. cit., p. 20.

²⁷ Cf. Conrado Paulino da ROSA, *Nova lei da guarda compartilhada*, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 17.

²⁸ Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira CHAMBERS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., p. 27.

influências que relações internas são capazes de promover no âmbito público, sendo considerado um processo dialético²⁹.

As relações parentais não ficaram de fora dessas transformações. Se fizermos uma retrospectiva à família romana, perceberemos que, atualmente, houve uma revolução em sua estrutura, pois aquela ideia de que *pater familias* detinha o poder sobre o seu filho foi substituída por um modelo de família tido como democrático³⁰.

Na Roma Antiga, o patriarca era tido como chefe de família e todos os demais integrantes daquele grupo familiar eram submissos a ele, o qual detinha as funções em todos os seus âmbitos (político, religioso e econômico) e se tornava um ser com poder quase que ilimitado³¹. *Inclusive* os filhos eram considerados como propriedade dos pais, pois os poderes concedidos ao *pater* abrangiam tanto a ordem pessoal como a ordem patrimonial³², de forma a ser impossível distinguir o poder que ele detinha sobre a esposa, os filhos (menores ou não) ou seu patrimônio³³.

Em suma, na tradição romana o pátrio poder era considerado coluna central da família patriarcal, na qual o pai detinha um poder perpétuo (sem limites e de duração prolongada) sobre sua prole, podendo-se comparar a um sacerdócio³⁴, havendo, portanto uma profunda desigualdade entre os componentes do corpo familiar³⁵.

Recordamos que o direito romano fundava-se na ideia de que a família gozava de relativa autonomia em relação ao Estado, de forma que os problemas surgidos no seio familiar deveriam ser resolvidos entre si e o Estado não iria interferir internamente naquele seio familiar³⁶.

Progressivamente o *pater* foi perdendo exclusividade sobre as decisões da vida dos filhos, mas manteve o poder de corrigi-los³⁷. No direito germânico, esse poder já não era absoluto, *inclusive* incluía o dever de proteção dos pais para com os filhos, mantendo-se ainda o direito de administrar e desfrutar o patrimônio deles³⁸.

Note-se que o Direito português foi inspirado por esse modelo de família romana por algum período³⁹, e, posteriormente, nomeadamente nos séculos XIX e XX, influenciou o direito brasileiro,

²⁹ Cf. Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, op. cit., p. 10.

³⁰ Cf. Maria Celina Bondin de MORAIS, "A família democrática", *Anais do V congresso brasileiro de direito de família*, 2006, p. 617.

³¹ Cf. Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, op. cit., pp. 13-14.

³² Cf. Adriana Caldas do Rego Freias Dabus MALUF; Carlos Alberto Dabus MALUF, *Curso de direito de família*, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 643.

³³ Cf. Sônia MOREIRA, "A autonomia do menor no exercício dos seus direitos", *Scientia Iuridica*, Tomo 50, n.º 291, 2001, p. 162.

³⁴ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 47.

³⁵ Cf. Ana Maria Milano SILVA, *A lei sobre guarda compartilhada*, 4.ª ed., Leme, JH Minuzo, 2014, p. 14.

³⁶ Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira CHAMBERS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., p.31.

³⁷ Cf. Cristina DIAS, "A criança como sujeito de direitos e o poder de correcção", *Julgar*, n.º 4, 2008, p. 89.

³⁸ Cf. Sônia MOREIRA, "A autonomia do menor no exercício dos seus direitos", op. cit., p. 163.

³⁹ Pelo Código de Seabra (Código Civil Português de 1867), o "poder paternal" era exercido pelo pai e cabia a mãe o direito de ser ouvida nas decisões que dizia respeito aos filhos. Já no Código Civil de 1966, a família passou a ter um caráter institucional mais evidente e o poder paternal passa a ser vinculado aos interesses do filho (Cf. Sônia MOREIRA, "A autonomia do menor no exercício dos seus direitos", op. cit., pp. 164-165).

mesmo sabendo que os pais não detinham mais o poder de vida e morte sobre os filhos, entretanto é inegável a existência dessa influência no âmbito familiar naquela época⁴⁰.

Diante das mudanças sociais, esse “modelo” passou a não satisfazer as normas existentes e não mais correspondia às necessidades e exigências das famílias atuais, tanto é que, em 1828, surgiu a “Lei de 22/9/1828” atribuindo a maioridade ao filho com mais de 21 anos de idade e a sua desvinculação do pátrio poder⁴¹, o que não acontecia até então, pois o direito romano não chegou a reconhecer o instituto da maioridade⁴².

Para Jandira Patrícia Antônio Neto, aos poucos, a evolução do pátrio poder levou-o a dois caminhos distintos, quais sejam: o “poder-direito” se transformou em “função-dever”; e a exclusividade paterna sobre os filhos foi substituída pelo exercício conjunto de ambos os genitores⁴³.

O Código Civil brasileiro de 1916, que vigorou até o ano 2002, por influência da legislação portuguesa, estabelecia que o homem era considerado o chefe da sociedade conjugal, cabendo-lhe todas as decisões a respeito daquela família⁴⁴. Para Ana Carolina Brochado Teixeira⁴⁵:

“A preocupação com o aspecto econômico da família, levou o Código Civil de 1916 a uma opção patrimonialista, elegendo a proteção do patrimônio como objetivo maior. A esse propósito, alinharam-se o autoritarismo e a discriminação nas relações familiares, em que o marido, o casamento civil e a exclusividade dos filhos legítimos eram pontos preponderantes”⁴⁶.

Inclusive, pela redação do Código Civil de 1916, somente com o casamento é que se tinha uma família constituída⁴⁷, de forma que qualquer outra “relação conjugal” não era reconhecida como família. E, ao casarem-se, a mulher passava a ter uma incapacidade relativa, com espaço muito restrito, uma vez que o marido agora passaria a assisti-la nos atos da vida civil⁴⁸.

Não só a mulher, mas todos os demais componentes estavam à margem do poder patriarcal. Entretanto, essa realidade passou a ser alterada com a progressiva inclusão da mulher na vida social,

⁴⁰ Cf. Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, op. cit., p. 18.

⁴¹ Cf. Denise Damo COMEL, *Do poder familiar*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

⁴² Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira CHAMBERS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., p. 32.

⁴³ Cf. Jandira Patrícia ANTÔNIO NETO, *O instituto do poder paternal, em casos de rutura conjugal: para uma discussão da viabilidade prática do exercício conjunto das responsabilidades parentais, na perspectiva do interesse do menor*, dissertação de mestrado, Lisboa, Universidade Autônoma de Lisboa, 2014, p. 14.

⁴⁴ O Art. 233 do Código Civil de 1916.

⁴⁵ Cf. Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, op. cit., p. 27.

⁴⁶ O texto do Código Civil de 1916 encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm (consultado em 28-05-2019).

⁴⁷ Essa mesma concepção foi adotada pelas Constituições Federais de 1934 (Art. 144), 1937 (Art. 167), 1946 (Art. 163) e 1967 (Art. 167). Neste sentido: Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus MALUF, *Novas modalidades de família na pós modernidade*, tese de doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2010.

⁴⁸ Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira CHAMBERS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., p. 33.

deixando de lado a concepção de que ela deveria cuidar do lar⁴⁹, de forma que as pessoas daquele núcleo familiar passaram a assumir novos papéis internos, por exemplo: a ascensão da mulher no trabalho possibilitou que ela ajudasse nas despesas da casa e na manutenção dos filhos⁵⁰.

Com isso, surgiram várias modificações culturais, as quais foram implementadas nas relações familiares, como por exemplo: o aumento no divórcio, a precocidade das crianças, o reconhecimento de uma maior autonomia das crianças e a necessidade da participação paterna na criação dos filhos⁵¹.

Começaram a surgir normas que expressavam essa nova realidade e uma delas foi a Lei n.º 4.121/62⁵², denominada de “Estatuto da Mulher Casada”, que estabelecia a possibilidade da esposa auxiliar o cônjuge varão em algumas funções familiares, dentre elas a colaboração da mulher no exercício do pátrio poder⁵³, função até então desempenhada exclusivamente pelo pai. Essa Lei também alterou o Código Civil de 1916 que estabelecia que a mãe/viúva perderia o pátrio poder se casasse novamente⁵⁴.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo:

“O advento da Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, representou o marco inicial da superação do poder marital na sociedade conjugal e do tratamento legal assimétrico entre homem e mulher. Foi saudada como a lei da abolição da incapacidade feminina. Com efeito, foram revogadas diversas normas consagradoras da desigualdade, mas restaram traços atenuados do patriarcalismo, como a chefia da sociedade conjugal e o pátrio poder, que o marido passou a exercer “com a colaboração da mulher”; o direito do marido de fixar o domicílio familiar, embora com a possibilidade de a mulher recorrer ao juiz, e, o que é mais grave, a existência de direitos e deveres diferenciados, em desfavor da mulher”⁵⁵.

Cada vez mais, o ordenamento jurídico brasileiro foi absorvendo as mudanças sociais e, conseqüentemente, deixando de lado a “imposição” causada pelo pátrio poder, tentando quebrar a ideologia patriarcal⁵⁶. Isso pode ser observado também com o surgimento da Lei n.º 6.515/77⁵⁷, conhecida como “Lei do Divórcio”. Essa Lei propiciou aos cônjuges, de modo igualitário, a

⁴⁹ Cf. Sônia MOREIRA, “A autonomia do menor no exercício dos seus direitos”, *op. cit.*, p. 164.

⁵⁰ Cf. Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, *op. cit.*, p. 28.

⁵¹ Cf. José Diogo Leite GARCIA, *Guarda compartilhada*, Bauru, Edipro, 2011, p. 11.

⁵² O texto da Lei n.º 4.121/62 encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm (consultado em 28-05-2019).

⁵³ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, *op. cit.*, p. 2169.

⁵⁴ Art. 393 do Código Civil de 1916: A mãe que contrair novas núpcias não perde quanto aos filhos de leito anterior, o direito ao pátrio poder, exercendo-os sem qualquer interferência do marido.

⁵⁵ Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, “As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro”, *Revista da escola da magistratura do Estado de Rondônia*, n.º 14, 2016, pp. 42-43.

⁵⁶ Cf. Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁷ O texto da Lei n.º 6.515/77 encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm (consultado em 28-05-2019).

oportunidade de finalizarem o casamento e de constituírem nova família, além de ter promovido algumas outras alterações no âmbito da igualdade conjugal⁵⁸.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 apresentou um novo conceito para a família, baseando-se, primordialmente, no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, proibindo qualquer discriminação entre os filhos e também a igualdade entre o homem e a mulher em direitos e deveres no seio familiar⁵⁹, concedendo a todos eles um tratamento isonômico.

O modelo apresentado pela nova Constituição possibilitou que os laços biológicos cedessem lugar para o compromisso afetivo, pois o núcleo familiar não se resume àquele modelo baseado no casamento, mas à família que, independentemente de sua formação, busca sempre a felicidade individual e coletiva dos seus componentes⁶⁰.

É oportuno lembrar que já na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Art. XVI, 3, existia a previsão de que a família deve ser considerada o núcleo natural e fundamental da sociedade, tendo direito à proteção da sociedade e do Estado. No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶¹ estabelece, em seu Art. 17, I que a família é o elemento natural e fundamental da sociedade, devendo ser protegida pela sociedade e pelo o Estado.

Com esses avanços legislativos, o Brasil se encontra num seleto rol dos países mais avançados na defesa e garantia dos interesses das crianças e adolescentes, a partir do momento que adota o sistema de proteção integral para eles e os classifica como sujeitos de direitos⁶².

Com essa valorização da dignidade da pessoa humana, não mais podiam continuar a existir aquelas características institucionalista e patrimonialista, pois, “é na concretização da dignidade da pessoa humana da criança e do adolescente é que reside a função social da autoridade parental⁶³”, de forma que as legislações infraconstitucionais passaram a absorver essas alterações, como por exemplo, o ECA no ano de 1990⁶⁴.

Com relação à adequação da legislação civil, José Joaquim Gomes Canotilho ensina que:

“Quando nós nos aproximamos do Direito Constitucional e do Direito Civil, há duas compreensões absolutamente antagônicas; os constitucionalistas entendem que a partir da entrada em vigor de uma Constituição, todo o mundo desapareceu e a partir daí há um

⁵⁸ Cf. Paulo Luiz Netto Lôbo, “As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro”, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁹ Cf. Maria Manoela Rocha de Albuquerque QUINTANS, *Guarda compartilhada: de acordo com a Lei n.º 11.698/08*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 12.

⁶⁰ Cf. Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, *op. cit.*, pp. 30-31.

⁶¹ A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi assinada em Costa Rica e ratificada no Brasil pelo Decreto n.º 678, em 06 de novembro de 1992. O texto encontra-se disponível para consulta em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm (consultado em 28-05-2019)

⁶² Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, 10.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017, p. 55.

⁶³ Cf. Conrado Paulino da ROSA, *Nova lei da guarda compartilhada*, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁴ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, *op. cit.*, p. 2170.

mundo novo. Já os civilistas têm uma pré-compreensão totalmente contrária: nada aparece de novo no mundo, as estruturas profundas do direito privado continuam, continua o Direito Romano, e portanto, não temos que conhecer a Constituição. Portanto, continuam os princípios de divisão do Direito Civil e portanto, estamos todos bem. Não é nada disto. Nem o Direito Constitucional pode ser imperialista para dissolver o Direito Civil nem o Direito Civil pode dizer, ‘bem, não temos nada a ver com a Constituição que está aí’, vou seguir minhas regras próprias”⁶⁵.

Sendo assim, em 2002, o legislativo brasileiro aprovou um novo Código Civil⁶⁶, fundamentando-se nos preceitos da Constituição de 1988, como forma de fazer a interlocução da legislação civil com a constitucional. Neste sentido, os institutos jurídicos precisaram ser “re-lidos”, colocando em evidência a pessoa humana, deixando de lado os valores patrimoniais⁶⁷ e suprimindo artigos que instituíam a desigualdade de tratamento legal entre os cônjuges⁶⁸.

Dessa forma, a legislação civil promoveu alterações na família, pois passou a reconhecer outras formas de modelos ou entidades familiares além do casamento, como por exemplo: a união estável, apresentando um modelo contemporâneo fundado no amor e na igualdade de todos os seus componentes⁶⁹.

No que diz respeito ao poder familiar, durante a elaboração do Código Civil de 2002 a câmara federal manteve a nomenclatura de “pátrio poder”. Somente no Senado Federal é que surgiu o termo de “poder familiar”, através da Emenda n.º 278, apresentada pelo Senador José Fragelli⁷⁰. É importante destacar que a alteração na nomenclatura não criou um novo instituto jurídico, apenas se atualizou à evolução da sociedade⁷¹.

Para Denise Damo Comel, o termo poder familiar surge para:

“[c]ompatibilizar a tradicional e secular existente aos conceitos jurídicos e valores sociais, em especial, para que não evidenciasse qualquer discriminação entre os filhos a ele sujeitos, também entre o casal de pais com relação ao encargo de criar e educar os filhos, destacando o caráter instrumental da função. Tal conclusão – a de que não se criou uma nova figura jurídica – se deduz do próprio texto legal. Veja-se, para tanto, que o rol de

⁶⁵ Cf. José Joaquim Gomes CANOTILHO, entrevista, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 14, 2003, p. 288.

⁶⁶ O texto do Código Civil de 2002 encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm (consultado em 28-05-2019).

⁶⁷ Cf. Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, op. cit., p. 54.

⁶⁸ Cf. Paulo Luiz Netto LÔBO, “As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro”, op. cit., p. 43.

⁶⁹ Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira CHAMBERS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., p. 34.

⁷⁰ Cf. Edilenice PASSOS; João Alberto de Oliveira LIMA, *Memória legislativa do código civil*, vol. 4, Brasília, Senado Federal, 2012, p. 205.

⁷¹ Cf. Walter Brasil MUJALLI, *Ação de alimentos: doutrina e prática*, 2.ª ed., Leme, Imperium Editora, 2009, p. 127.

atribuições dos pais no exercício do poder familiar, disposto no art. 1.634 do C. C. é praticamente ao do pátrio poder, estabelecido no revogado art. 384⁷².

Atualmente, no Código Civil, o instituto do poder familiar encontra-se disciplinado do Art. 1.630 ao Art. 1.638, apresentando um amplo significado de igualdade entre os pais, de forma que eles devem assumir todos os direitos e obrigações inerentes aos seus filhos menores de idade⁷³.

3. O exercício do Poder Familiar

Como já referimos, as mudanças havidas no âmbito das famílias foram capazes de pautar o poder familiar na afetividade e na igualdade dos genitores, uma vez que a mãe, ao lado do pai, passou a exercer de forma direta o poder familiar⁷⁴.

É importante compreender que o direito de proteção das crianças e a autonomia dos pais se complementam, pois a Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece responsabilidades, direitos e deveres aos genitores para com as crianças, entretanto esse poder não é absoluto, pois ele deve ser compatível com o desenvolvimento das capacidades delas⁷⁵. Além do mais, não estamos falando de um direito à disposição dos pais (ao qual poderiam aderir ou não), uma vez que existe uma vinculação direta aos interesses dos filhos⁷⁶.

Com relação ao exercício do poder familiar encontramos sua previsão em várias normas nacionais, das quais destacamos o Código Civil, especificamente no Art. 1.566, inciso IV; a Constituição Federal, especificamente no Art. 227; e o ECA, no seu Art. 4.º; as quais prevêem que é dever da família o sustento, a guarda e a educação dos filhos.

O poder familiar é tido pela doutrina e jurisprudência⁷⁷ como um *múnus*⁷⁸ público, de forma que cabe ao Estado elaborar as normas para que essa obrigação seja desempenhada pela família, sendo

⁷² Cf. Denise Damo COMEL, *Do poder familiar*, op. cit., p. 47.

⁷³ Cf. Ana Maria Milano SILVA, *A lei sobre guarda compartilhada*, op. cit., p. 21.

⁷⁴ Cf. Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, op. cit., pp. 136-137.

⁷⁵ Cf. Vital MOREIRA; Carla Marcelino GOMES, *Compreender direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 310.

⁷⁶ Cf. Sônia MOREIRA, "A autonomia do menor no exercício dos seus direitos", op. cit., p. 16.

⁷⁷ "EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA DO SISTEMA. ART. 1.584, §2º, DO CÓDIGO CIVIL. CONSENSO DOS GENITORES. DESNECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR.

1. A instituição da guarda compartilhada de filho não se sujeita à transigência dos genitores ou à existência de naturais desavenças entre cônjuges separados.

2. A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis n.ºs 11.698/2008 e 13.058/2014, ressalvadas eventuais peculiaridades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

considerado um poder irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, o qual decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal ou socioafetiva⁷⁹.

Neste mesmo sentido, Douglas Phillips Freitas explica que:

“O poder familiar possui determinadas características. É irrenunciável: os pais não podem desobrigar-se do poder familiar por tratar-se um dever-função; é imprescritível, já que o fato de não exercê-lo não leva os pais a perder a condição de detentores; e é inalienável e indisponível, pois não se pode ser transferido a outras pessoas pelos pais, a título gratuito ou oneroso”⁸⁰.

Sendo assim, todos os filhos, menores de 18 (dezoito) anos e não emancipados, estão sujeitos ao poder familiar, havidos no casamento, ou resultantes de outra origem, desde que reconhecidos, bem como os adotivos. Entretanto, os filhos nascidos fora do casamento só estarão submetidos ao poder familiar depois que forem legalmente reconhecidos, pois só assim é que passam a ter parentesco⁸¹.

A Convenção sobre os Direitos da Criança proíbe expressamente a discriminação contra as crianças, no seu Art. 2.º, n.º 1, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação. É importante observar que a citada Convenção não pretende privilegiar um grupo social, pelo contrário, pretendeu elevar as crianças para um nível onde tenham os seus interesses defendidos⁸².

Sendo assim, a legislação civilista estabelece que ambos os genitores exercem o poder familiar durante o casamento ou a união estável (Art. 1.631 do CC) e, havendo a dissolução da relação conjugal (pelo divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável) não se alteram as relações entre pais e filhos (Art. 1.632 do CC), deixando claro que o poder familiar é uma obrigação que transcende o laço conjugal e voltada para os pais enquanto pais, não enquanto casados⁸³.

3. Recurso especial provido. (STJ - RECURSO ESPECIAL N.º 1.591.161 – SE, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de julgamento: 21/02/2017)”, disponível para consulta em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443282933/recurso-especial-resp-1591161-se-2015-0048966-7> (consultado em 15-05-2019).

⁷⁹ Múnus: encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que não se pode fugir. (Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2241-2242).

⁸⁰ *Idem*, p. 789

⁸¹ Cf. Douglas Phillips FREITAS, *Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar*, Florianópolis, Conceito editorial, 2009, p. 29.

⁸² Cf. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*, vol. 6, 14.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017, p. 538.

⁸³ Cf. Vital MOREIRA; Carla Marcelino GOMES, *Compreender direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, op. cit., p. 309.

⁸⁴ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 789.

O Art. 1.634 do CC apresenta alguns direitos e deveres que incumbem aos pais, no tocante à pessoa dos filhos menores. Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, nessa lista constam apenas os poderes “básicos” que compete à família, especialmente aos genitores⁸⁴. São eles:

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

I – dirigir-lhes a criação e a educação;

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

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

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

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

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

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

VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

O primeiro inciso é considerado o mais importante de todos, por englobar não apenas a esfera material, mas também o âmbito moral, por meio da educação⁸⁵. Desde a Convenção sobre os Direitos da Criança que já eram estabelecidos os direitos de “sustento”, que incluem, por exemplo, o direito à saúde, educação, segurança social e um nível de vida adequado dentro das possibilidades dos pais⁸⁶.

No âmbito nacional, esse inciso é correlato do Art. 22 do ECA e do Art. 229 da Constituição Federal⁸⁷, de forma que o Estado pode obrigar aos pais a desempenharem esse dever, sob pena de serem penalizados quando não o exercerem⁸⁸, pois, de um modo geral, a criação e a educação dos filhos cabem aos seus genitores⁸⁹.

⁸⁴ Cf. Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, op. cit., p. 137.

⁸⁵ Cf. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*, op. cit., p. 543.

⁸⁶ Cf. Vital MOREIRA; Carla Marcelino GOMES, *Compreender direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, op. cit., p. 312.

⁸⁷ Esse artigo constitucional merece destaque porque visa valorizar o sentido da união familiar a partir da vinculação do princípio de direito natural que os pais têm a obrigação de cuidar dos filhos menores e, atingindo a maior idade, esses também têm a obrigação de cuidar dos pais na velhice, na carência ou na enfermidade. (Cf. Ives Gandra MARTINS, “Da família, da criança, do adolescente e do idoso”, in Ives Gandra MARTINS e Francisco REZEK (coord.), *Constituição federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 782.

⁸⁸ O Código Penal Brasileiro tipifica o crime de abandono material (Art. 244: Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo

Com relação à educação, cabe aos pais não somente custear as mensalidades escolares, mas também devem acompanhar o desenvolvimento e conhecimentos básicos necessários para uma convivência em comunidade, além do desenvolvimento das faculdades físicas, psíquicas e espirituais dos filhos, *inclusive* acompanhá-los e orientá-los nas questões religiosas, cívicas, sexuais e profissionais⁹⁰.

O segundo inciso está relacionado com a guarda dos filhos, de forma que tem relação direta com o presente trabalho e iremos abordar no capítulo dois o instituto da guarda, sobretudo a guarda compartilhada, que será analisado majoritariamente no capítulo três. Entretanto, não é demais recordarmos que essa previsão fundamenta-se na necessidade de separarmos a vida conjugal da relação entre pais e filhos, deixando claro que aquele a quem incumbe a criação, é o mesmo pai a quem incumbe a guarda⁹¹.

Os três próximos incisos (III, IV e V) apresentam a necessidade de os pais concederem ou negarem autorização para os filhos casarem⁹², viajarem ao exterior e para mudarem residência permanente para outro Município, respectivamente. Nesses três incisos percebemos o cuidado para evitar que os filhos cometam atos ruinosos a si mesmos e ao seu patrimônio⁹³.

O inciso sexto deixa claro que não há ninguém melhor que os pais para escolherem a pessoa a quem confiar a tutela dos filhos⁹⁴. Faz-se necessário lembrarmos que esse inciso só terá efeito prático se ambos os pais falecerem ou na ocasião de um falecer e o outro não poder exercer o poder familiar.

O inciso sétimo está relacionado à assistência e à representação dos menores, os quais, até os 16 (dezesseis) anos de idade são considerados absolutamente incapazes e necessitam ser representados em todos os atos da vida civil; os maiores de 16 anos e menores de 18 são relativamente incapazes e deverão ser assistidos, sendo por uma destas formas suprida a incapacidade do menor (Arts. 3.º e 4.º do CC).

O inciso oitavo é relacionado com o inciso II, o qual, conforme já referimos, determina que os pais têm o direito e dever de ter os filhos em sua companhia, de forma que eles podem defender esse direito através da ação de busca e apreensão de menores⁹⁵.

vigente no País) e de abandono intelectual (Art. 246: Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa).

⁹⁰ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 56.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Cf. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*, op. cit., p. 544.

⁹³ No dia 13/03/2019 foi publicada a Lei n.º 13.811/19, que alterou o Art. 1.520 do CC para proibir o casamento de menores de 16 anos, em qualquer hipótese, ou seja, mesmo que os pais autorizem não é possível celebrar o casamento de menores de 16 anos.

⁹⁴ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 57.

⁹⁵ Cf. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*, op. cit., p. 547.

⁹⁶ *Idem*, p. 548.

O inciso nono diz respeito à obediência e respeito que os pais podem exigir dos filhos, entretanto isso deve ser com cuidado, sob pena deles perderem o poder familiar (Art. 1638, inciso I do CC). Esse inciso remete-nos para a Convenção sobre os Direitos da Criança:

“Artigo 32

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

2. Os Estados Partes adotarão medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais com vistas a assegurar a aplicação do presente artigo. Com tal propósito, e levando em consideração as disposições pertinentes de outros instrumentos internacionais, os Estados Partes, deverão, em particular:

- a) estabelecer uma idade ou idades mínimas para a admissão em empregos;
- b) estabelecer regulamentação apropriada relativa a horários e condições de emprego;
- c) estabelecer penalidades ou outras sanções apropriadas a fim de assegurar o cumprimento efetivo do presente artigo”.

É necessário que os pais tenham bastante cautela na exigência de serviços além dos limites das crianças, pois esse excesso poderá trazer danos e os pais poderão ser responsabilizados (civil e criminalmente) pela exploração de mão de obra infantil⁹⁶.

Carlos Roberto Gonçalves chama atenção para as alterações promovidas no ECA através da Lei n.º 13.010/14⁹⁷, conhecida como “Lei da Palmada” ou “Lei Menino Bernardo”, pois através dessa Lei foram acrescentados três artigos ao ECA, mas precisamente os Arts. 18-A, 18-B e 70-A. Esses artigos visam proibir quaisquer formas de castigos físicos ou tratamentos cruéis ou degradantes no lar, na escola, em qualquer instituição de atendimento público ou privado, ou em locais públicos⁹⁸.

Neste mesmo sentido, Maria Berenice Dias explica que:

“Estão sujeitos à sanção quaisquer pessoas encarregadas de cuidar, tratar, educar e proteger crianças e adolescentes: pais ou responsáveis, integrantes da família ampliada e agentes públicos executores de medidas socioeducativas. Aos infratores está prevista a imposição de cinco medidas, que vão desde o encaminhamento dos responsáveis a programa de proteção à família, a imposição de tratamento psicológico ou psiquiátrico, até a

⁹⁶ Cf. Pablo Stolze GAGLIANO; Rodolfo PAMPLONA FILHO, *Manual de direito civil*, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 1275.

⁹⁷ O texto da Lei n.º 13.010/14 encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l13010.htm (consultado em 28-05-2019).

⁹⁸ Cf. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, op. cit.*, p. 549.

mera advertência. Também pode ser determinado o encaminhamento da criança a tratamento especializado”⁹⁹.

Outros atributos do poder familiar dizem respeito ao usufruto e à administração dos bens dos menores, de forma que o Art. 1.689 do CC prevê que os pais, de forma igualitária, são os administradores legais dos bens dos filhos menores, devendo praticar todos os atos necessários para a manutenção dos mesmos. Havendo divergência insanável ou colisão de interesses entre si, eles podem recorrer ao poder judiciário para chegar a uma solução (Art. 1.690, parágrafo único do CC).

É oportuno lembrar que os bens não pertencem aos pais, uma vez que eles são da titularidade dos menores¹⁰⁰ e os pais devem zelar para que não exista nenhuma diminuição patrimonial. Somente em raras exceções os bens poderão ser vendidos, com autorização judicial, desde que seja comprovada a necessidade, ou evidente interesse do filho (Art. 1.691 do CC).

Apenas o usufruto e as rendas dos bens dos filhos menores também pertencem aos pais, como uma forma de compensá-los pelas despesas decorrentes de sua criação e educação¹⁰¹. Em relação à necessidade de prestação de contas dos pais aos filhos, o Código Civil não prevê essa obrigação, até porque eles são administradores por uma determinação legal e os rendimentos também lhes pertencem¹⁰².

Alguns bens são excluídos da administração e do usufruto dos pais, conforme previsão do Art. 1.693 do CC, são eles:

- “I - os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento;
- II - os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;
- III - os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;
- IV - os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão”.

⁹⁹ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., pp. 2223-2224.

¹⁰⁰ Cf. Pablo Stolze GAGLIANO; Rodolfo PAMPLONA FILHO, *Manual de direito civil*, op. cit., p. 1276.

¹⁰¹ Maria Helena Diniz chama a atenção para que os pais não podem “se apropriar de todos os rendimentos dos filhos, senão na medida do que seja necessário para fazer frente às despesas comuns da família. E isso porque o usufruto é instituído no interesse do filho”. (Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2201.)

¹⁰² Cf. Denise Damo COMEL, *Do poder familiar*, op. cit., p. 159.

4. A restrição e a extinção do Poder Familiar

Caso o poder familiar não esteja sendo exercido conforme o Princípio do Superior Interesse da Criança, os pais podem perdê-lo ou tê-lo suspenso ou extinto, nos termos da legislação civil em vigor, pois sempre que se constatar a existência de fato ou circunstância que denote ser incompatível o exercício do poder familiar por qualquer dos pais, configura-se a possibilidade de suspensão ou modificação, ou, ainda, de perda do poder¹⁰³.

Ressalte-se que, em virtude das inúmeras sequelas que podem ser geradas com essa perda, extinção ou suspensão, faz-se necessário comprovar que a manutenção do exercício do poder familiar por aquele pai ou mãe está colocando em risco a segurança ou a dignidade do filho¹⁰⁴.

A doutrina faz uma distinção entre os termos “extinção” e “perda”, ao considerar que a extinção ocorrerá pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo, ou seja, a extinção do poder familiar poderá ocorrer por fatos naturais, de pleno direito ou por decisão judicial (que será a perda do poder familiar), nos moldes do Art. 1.635 do CC. Enquanto que a perda ocorrerá quando os pais receberem uma sanção imposta por sentença judicial, ou seja, a perda é uma das possibilidades da extinção¹⁰⁵.

O ECA também apresenta previsão normativa da suspensão, perda e extinção do poder familiar, ou seja, essa previsão é anterior ao CC de 2002, tendo em vista que o ECA é de 1990. Nos Arts. 23 e 24 existe a previsão, enquanto que nos Arts. 155 a 163 estão regulados os procedimentos processuais a serem adotados.

A suspensão do poder familiar é uma sanção aplicada aos pais, pelo juízo, quando se observar o incumprimento dos deveres paternos elencados no Art. 1.637 do CC, que poderá ocorrer: pelo abuso de autoridade; falta dos deveres¹⁰⁶; má administração dos bens dos filhos; e quando o pai ou a mãe for condenado por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda dois anos de prisão.

O rol apresentado nos artigos acima referidos não pode ser interpretado de forma restritiva, pois, durante a instrução processual, o magistrado tem ampla liberdade de usar todos os meios legais para identificar os fatos que possam levá-lo a aplicar a suspensão, perda ou extinção do poder familiar¹⁰⁷.

¹⁰³ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2207; Cf. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*, op. cit., p. 557; Pablo Stolze GAGLIANO; Rodolfo PAMPLONA FILHO, *Manual de direito civil*, op. cit., p. 1277.

¹⁰⁴ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2208.

¹⁰⁵ Neste sentido: DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2208; Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 60; Conrado Paulino da ROSA, *Nova lei da guarda compartilhada*, op. cit., p. 30.

¹⁰⁶ Faz-se necessário esclarecer que a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a suspensão ou perda do poder familiar (Art. 23 do ECA).

¹⁰⁷ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2211.

Por ser a medida menos grave, a suspensão do poder familiar tem caráter temporário, pode ser revista a qualquer tempo e pode abranger apenas alguns poderes¹⁰⁸, inclusive o direito de visitas pode ser mantido e o dever de pagar (ou o direito de requerer) alimentos continua existindo, pois a obrigação de alimentar não se confunde com o exercício do poder familiar, conforme entendimento jurisprudencial¹⁰⁹.

Silvio Rodrigues preceitua que essas sanções:

“têm menos um intuito punitivo aos pais do que o de preservar o interesse dos filhos, afastando-os da nociva influência daqueles. Tanto assim é que, cessadas as causas que conduziram à suspensão ou à destituição do poder familiar e transcorrido um período mais ou menos longo de consolidação, pode o poder paternal ser devolvido aos antigos titulares”¹¹⁰.

Ressalte-se que a suspensão não pode ser baseada em suposições ou em meras especulações, em virtude da forma genérica como é colocada na Lei. Pelo contrário, essa generalidade visa resguardar os direitos dos filhos menores, pois se o legislador delimitasse poderiam ocorrer situações não abrangidas. Além do mais, a medida a ser adotada não deve ter a finalidade de punir os genitores¹¹¹.

A extinção do poder familiar, conforme o Art. 1.635 do CC é a interrupção definitiva do poder familiar. São hipóteses exclusivas: morte dos pais ou do filho; emancipação do filho; maioridade do filho; adoção do filho, por terceiros; perda em virtude de decisão judicial. Com exceção da perda em virtude de decisão judicial (detalhada a seguir), geralmente a extinção do poder familiar é isenta de qualquer conotação punitiva, pois nem sempre é motivada por incumprimento dos deveres pelos pais. Ela ocorre em virtude de fatos certos e previamente estabelecidos no ordenamento jurídico, que independem da vontade dos pais, de forma que ela pode se dar por causa não imputável¹¹².

Ocorrendo a morte de um dos pais, o poder familiar fica sobre o encargo do sobrevivente, pois não se encerra o poder familiar havendo um pai sobrevivente. Enquanto que a morte, emancipação ou

¹⁰⁸ *Idem*, p. 2212.

¹⁰⁹ “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. LIMINAR DE SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR DO GENITOR. MANUTENÇÃO QUE SE IMPÕE. CABIMENTO DA MEDIDA EM FACE DA GRAVIDADE DOS MOTIVOS QUE LEVARAM À RETIRADA DO MENOR DO CONVÍVIO PATERNO. DEMONSTRAÇÃO DE QUE O MENINO VIVENCIAU SITUAÇÃO GRAVÍSSIMA, TRAUMÁTICA E DE EXTREMO RISCO AO LADO DO PAI. FEMINICÍDIO PRATICADO PELO GENITOR CONTRA A EX-MULHER E GENITORA DO INFANTE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. PAGAMENTO NA FORMA DE CONSTITUIÇÃO DE PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS A INDICAR A DILAPIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO PELO ALIMENTANTE, POR INTERPOSTAS PESSOAS, QUE SE ENCONTRA SEGREGADO EM REGIME FECHADO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento N.º 70080239924, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 27/03/2019)”, disponível para consulta em <https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692037541/agravo-de-instrumento-ai-70080239924-rs?ref=serp> (consultado em 28-05-2019).

¹¹⁰ Cf. Silvio RODRIGUES, *Direito civil, op. cit.*, pp. 368-369.

¹¹¹ Cf. Conrado Paulino da ROSA, *Nova lei da guarda compartilhada, op. cit.*, p. 30.

¹¹² Cf. Pablo Stolze GAGLIANO; Rodolfo PAMPOLHA FILHO, *Manual de direito civil, op. cit.*, p. 1277.

maioridade do filho, por si só, é capaz de pôr fim a justificativa do exercício do poder familiar pelos pais, que é a proteção do filho menor. No caso de adoção, é importante frisar que há a extinção em relação aos pais biológicos e, ao mesmo tempo, há a atribuição do poder familiar ao adotante ou aos adotantes¹¹³.

De acordo com Denise Damo Comel, os efeitos da extinção do poder familiar podem ser considerados como sendo o término definitivo da função dos pais (individualmente ou conjuntamente) para com aquele determinado filho, ocorrendo um rompimento do liame protetor existente entre eles¹¹⁴.

A perda (ou destituição) é a forma mais grave de extinção do poder familiar¹¹⁵, e será decretada sempre por decisão judicial. O pai ou a mãe perderá o poder familiar quando castigar imoderadamente os filhos; deixar o filho em abandono; praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no Art. 1.637 do CC; e também quem entregar, de forma irregular, o filho a terceiros para fins de adoção, conforme previsão do Art. 1.635, inciso V e Art. 1.638 do CC.

Além do mais, a perda do poder familiar é permanente, entretanto não pode ser classificada como definitiva, uma vez que os pais podem recuperar o poder familiar através de procedimento judicial quando cessarem as causas que determinaram a extinção¹¹⁶. Esse é o posicionamento adotado pela jurisprudência¹¹⁷.

Algumas das causas de perda do poder familiar estão tipificadas no código penal como crime. Por exemplo: lesão corporal¹¹⁸, maus tratos¹¹⁹ ou abandono de incapaz¹²⁰, devendo, pois, ser também instaurada a competente ação penal para analisar a possível punição do infrator.

¹¹³ Cf. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*, op. cit., p. 558.

¹¹⁴ Cf. Denise Damo COMEL, *Do poder familiar*, op. cit., p. 309.

¹¹⁵ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 60.

¹¹⁶ Cf. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*, op. cit., p. 567.

¹¹⁷ "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCONTITUIÇÃO DA SENTENÇA EXTINTIVA.

1. A atenta e sistemática leitura dos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente permite concluir que apenas a adoção tem caráter irrevogável, porque expressamente consignado no § 1º do art. 39. Diante do silêncio da lei acerca do restabelecimento do poder familiar, também se pode concluir, a contrário senso, pela possibilidade da reversão da destituição do poder familiar, desde que seja proposta ação própria para tanto, devendo restar comprovada a modificação da situação fática que ensejou o decreto de perda do poder familiar. Desse modo, impõe-se a desconstituição da sentença que extinguiu o processo por impossibilidade jurídica do pedido.

2. À luz da doutrina da proteção integral e prioritária dos direitos da criança e do adolescente preconizada pelo ECA, a intervenção do Estado deve atender prioritariamente aos superiores interesses dos menores, nos termos do art. 100, inc. II e IV, do ECA, de modo que, caso o retorno dos menores ao convívio materno se mostre a medida que melhor atenda aos seus interesses, não há motivos para que se obste tal retorno, com a restituição do poder familiar pela genitora, mormente porque os menores não foram encaminhados à adoção.

3. Trata-se, no caso, de uma relação jurídica continuativa, sujeita, portanto, à ação do tempo sobre seus integrantes (tal qual ocorre com as relações jurídicas que envolvem o direito a alimentos). Logo, a coisa julgada, formal e material, que antes se tenha produzido, fica preservada desde que as condições objetivas permaneçam as mesmas (cláusula *rebus sic stantibus*). No entanto, modificadas estas, outra poderá ser a decisão, sem que haja ofensa à coisa julgada. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (TJRS, Apelação Cível N.º 70058335076, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 22/05/2014)", disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121132827/apelacao-civel-ac-70058335076-rs/inteiro-teor-121132837?ref=juris-tabs> (consultado em 31-05-2019).

¹¹⁸ Art. 129 do CP: Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três a um ano.

¹¹⁹ Art. 136 do CP: Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa. §1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a quatro anos. §2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. §3º - Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (catorze) anos

Em todos os casos, seja de suspensão, perda ou extinção do poder familiar, deve ser respeitado o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, além de que se faz necessária a intervenção do Ministério Público, como forma de evitar maiores transtornos à criança.

Além do mais, o poder familiar não se extingue com o fim da relação conjugal (separação, divórcio ou dissolução de união estável), de forma que o poder familiar prevalece, em grau de igualdade entre os pais, durante a convivência conjugal e após rompimento desta, assim como em qualquer modelo de família adotado ¹²¹, até porque, face ao Estado, os pais são os primeiros responsáveis pelas crianças e caso não queiram cumprir com suas obrigações o Estado (ou a sociedade) podem intervir¹²².

5. O Princípio da Igualdade entre os pais

Como já referimos, a Constituição Federal de 1988 foi responsável pela constitucionalização do Princípio da Igualdade entre Homens e Mulheres, os quais passaram a ter os mesmos direitos e deveres. Compreende-se, então, que o Princípio da Igualdade é um dos mais importantes para as organizações jurídicas por estar relacionado diretamente com a dignidade do sujeito que busca justiça¹²³; além do mais, esse Princípio é considerado como sendo a base dos Direitos humanos¹²⁴.

No âmbito familiar isso também teve reflexo, pois ambos os genitores, de forma igualitária, passam a ser os detentores do poder familiar, deixando-se para trás aquele modelo romano (patriarcal), no qual a figura paterna detinha a exclusividade desse poder e que distanciava ainda mais os homens das mulheres¹²⁵.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, o Princípio da Igualdade apresenta duas dimensões. São elas:

“a) igualdade de todos perante a lei, considerada conquista da humanidade, a saber, a clássica liberdade jurídica ou formal, que afastou os privilégios em razão da origem, do sangue, ou do estamento social e dotou todos de iguais direitos subjetivos. Todavia, são iguais os que a lei assim considera. Então compreende-se que, até a Constituição de 1988,

¹²⁰ Art. 133 do CP: Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos. §1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos. §2º - Se resulta a morte: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. §3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço: I - se o abandono ocorre em lugar ermo; II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima; III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.

¹²¹ Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira CHAMBERS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., p. 53.

¹²² Cf. Vital MOREIRA; Carla Marcelino GOMES, *Compreender direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*, op. cit., p. 310.

¹²³ Cf. Rodrigo da Cunha PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, 3.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016, p. 100.

¹²⁴ Cf. Njal HOSTMAELINGEN, *Direitos humanos num relance*, Lisboa, Edições Sílabo, 2016, p. 102.

¹²⁵ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 134.

as mulheres recebessem tratamento desigual, pois a lei as considerava iguais entre si, mas não em relação aos homens;

b) igualdade de todos na lei, no sentido de se vedar a desigualdade ou a discriminação na própria lei, como, por exemplo, a desigualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres na sociedade conjugal”¹²⁶.

Por esse entendimento, o Princípio da Igualdade não desconsidera as diferenças de gênero entre homens e mulheres, mas é necessário equacionar essas diferenças naturais e saudáveis dos gêneros dentro do próprio Princípio, sob pena de estarmos ferindo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana¹²⁷. De forma prática, o Princípio da Igualdade visa estabelecer a impossibilidade de “desequiparações fortuitas e injustificadas”¹²⁸.

Esse também é o entendimento de Teresa Pizarro Beleza e Teresa Moura Anjinho. Veja-se:

“A igualdade entre mulheres e homens, sob a óptica do gênero, passa a supor a modificação dos papéis socioculturais atribuídos aos homens e às mulheres, assumindo abertamente a relativa falência do sistema jurídico neste campo enquanto actor único e solitário, (...) e a necessidade de uma certa compensação histórica. Esta não deve ser interpretada como uma tentativa de instauração ou restauração de um sistema matriarcal, ou de uma cultura matriarcal, erradamente descrita como feminista, lida como antítese de uma cultura machista”¹²⁹.

Deve-se recordar que esse Princípio já era formalmente expresso no Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹³⁰, ou seja, “*es un principio largamente proclamado desde las primeras décadas del siglo pasado pero que costó un siglo que plasmara en una realidad legislativa, aunque no de hecho*”¹³¹.

Podemos citar a sua previsão na Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres¹³², adotada a 18 de Dezembro de 1979, no quadro da ONU, e em vigor na ordem jurídica internacional desde Setembro de 1981. Essa é uma das convenções internacionais sobre direitos humanos que abrangeu mais países, além de que ela surgiu da

¹²⁶ Cf. Paulo Luiz Netto LôBO, “As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro”, *op. cit.*, p. 41.

¹²⁷ Cf. Rodrigo da Cunha PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, *op. cit.*, p. 103.

¹²⁸ Cf. Celso Antônio Bandeira de MELLO, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 18.

¹²⁹ Cf. Teresa Pizarro BELEZA; Teresa Moura ANJINHO, “Igualdade de gênero na Europa”, in *Portugal e a Europa: dicionário*, Lisboa, Tinta de China, 2001, p. 340.

¹³⁰ Cf. Vital MOREIRA; Carla Marcelino GOMES, *Compreender direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*, *op. cit.*, p. 193.

¹³¹ Cf. Graciela MEDINA “Principios generales en materia de derecho de familia en el derechos supranacional de los derechos humanos y en el derecho positivo argentino”, in Regina Beatriz Tavares SILVA (coord.), *Família e pessoa: uma questão de princípios*, São Paulo, Saraiva, 2018, p. 372.

¹³² O texto da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres encontra-se disponível para consulta em <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-eliminacao-de-todas-formas-de-discriminacao-contra-mulheres> (consultado em 28-05-2019).

constatação feita pela Assembleia Geral das Nações Unidas de que as mulheres continuavam a ser objeto de discriminação¹³³.

Essa Convenção apresenta-se com a finalidade de eliminar a discriminação e, ao mesmo tempo, para a efetivação prática da igualdade entre mulheres e homens¹³⁴. Muito embora alguns países a tenham ratificado com reservas, é de ressaltar a importância desse documento para quebrar o silêncio que existia até então, no tocante a essa matéria¹³⁵.

O Brasil foi um desses países que a promulgou com reservas, em 20 de março de 1984, através do Decreto n.º 89.460/84¹³⁶. Posteriormente ela sofreu algumas alterações promovidas pelo Decreto n.º 4.377/02¹³⁷, de 13 de setembro de 2002, o qual retirou algumas reservas contidas no decreto anterior.

Ainda temos a Convenção Americana dos Direitos Humanos, a qual consagra o Princípio da Não Discriminação, nomeadamente em matéria de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, conforme Art. 1.º do documento.

No que diz respeito à proteção da família, essa Convenção estabelece no seu Art. 17, n.º 4, que os países são obrigados a adotar as medidas necessárias para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidade dos cônjuges, implicando na *“la no diferenciación en razón del género en plena consonancia con la ley de Protección integral de la mujer que impide discriminar por el género”*¹³⁸.

Na legislação nacional, esse Princípio aparece já no preâmbulo da Constituição Federal e em vários outros artigos. Logo no início, no Art. 5.º, no título referente aos direitos e garantias fundamentais, já estabelece a igualdade de todos perante a Lei, todavia é mais enfático no Inciso I, quando afirma que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Ainda, mais à frente, o Art. 226, § 5.º que estabelece: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O Código Civil de 2002, baseando-se nessa norma constitucional, introduziu adaptações para acompanhar a evolução social ocorrida até a sua aprovação, de forma que teve que rever a

¹³³ Cf. COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS, *Direitos humanos – cidadania e igualdade*, Estoril, Principia, 2006, 178.

¹³⁴ Cf. Jorge MIRANDA, *Direitos fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, p. 300.

¹³⁵ Cf. Teresa Pizarro BELEZA; Teresa Moura ANJINHO, “Igualdade de gênero na Europa”, *op. cit.*, p. 338.

¹³⁶ O texto do Decreto n.º 89.460/84 encontra-se disponível para consulta em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-89460-20-marco-1984-439601-publicacaooriginal-1-pe.html> (consultado em 28-05-2019).

¹³⁷ O texto do Decreto n.º 4.377/02 encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm (consultado em 29-05-2019).

¹³⁸ Cf. Graciela MEDINA, “Principios generales en materia de derecho de familia en el derechos supranacional de los derechos humanos y en el derecho positivo argentino”, *op. cit.*, p. 375.

regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família, atribuindo-lhe um tratamento mais próximo da realidade social¹³⁹.

Até então, o Código Civil de 1916 considerava que o homem era o chefe da família, *inclusive* apresentava os direitos do marido e da mulher em capítulos diferentes, de forma que é considerada uma legislação opressora das mulheres, no âmbito do direito de família¹⁴⁰. Isso também foi alterado, pois o Código Civil de 2002 trata-os de forma igualitária, *inclusive* disciplinou os direitos dos cônjuges no mesmo dispositivo¹⁴¹.

Esse Princípio também encontra fundamento no ECA, o qual estabelece a igualdade entre os pais, no exercício do poder familiar, quando no seu Art. 21 prevê que o poder familiar será exercido, em igualdade de condições pelo pai e pela mãe, como forma de respeitar as diferenças de gênero entre o homem e a mulher, promovendo o equilíbrio e o reconhecimento de igualdade substancial entre eles¹⁴².

Maria Berenice Dias observa que:

“O princípio da igualdade não vincula somente o legislador. O intérprete também tem de observar suas regras. Assim como a lei não pode conter normas que arbitrariamente estabeleçam privilégios, o juiz não deve aplicar a lei de modo a gerar desigualdades. Em nome do princípio da igualdade, é necessário assegurar direitos a quem a lei ignora. Preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar o juiz a se calar”¹⁴³.

Dessa forma, a análise desse Princípio deve harmonizar-se com três pontos firmes: a igualdade não é identidade; igualdade significa intenção de racionalidade e, em último caso, intenção de justiça; e a igualdade não é uma “ilha”, pois ela é conexa com outros Princípios, além de que ela tem que ser analisada no plano global de valores, critérios e opções da Constituição material¹⁴⁴.

É baseado nesse Princípio que o legislador brasileiro adotou o modelo de guarda compartilhada, como forma de ambos os genitores exercerem o poder familiar, evitando-se, assim, que um genitor fique como responsável exclusivo pela criança e o outro fique somente com o direito de visitas, por exemplo¹⁴⁵.

¹³⁹ Cf. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*, op. cit., p. 21.

¹⁴⁰ Cf. Paulo Luiz Netto LÔBO, “As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro”, op. cit., p. 42.

¹⁴¹ Cf. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*, op. cit., p. 24.

¹⁴² Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira CHAMBERS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., p. 62.

¹⁴³ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 138.

¹⁴⁴ Cf. Jorge MIRANDA, *Direitos Fundamentais*, op. cit., 2017, p. 300.

¹⁴⁵ Iremos detalhar mais sobre a guarda compartilhada nos capítulos 2 e 3.

No que diz respeito ao poder familiar, o pólo ativo caberá sempre aos pais, em condições de igualdade, atribuindo-lhes os mesmos direitos e obrigações, *inclusive* não se pode atribuir encargos diferenciados baseando-se na diferença de sexo¹⁴⁶.

Para Rodrigo da Cunha Pereira, o compartilhamento da guarda traz uma nova concepção para a vida dos filhos cujos pais estão se separando, os quais deverão continuar participando da rotina e do cotidiano de seus filhos, pois:

“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. Se em nosso ordenamento jurídico o poder familiar é exercido pelo pai e pela mãe, independentemente de estarem juntos ou separados e diante do princípio da igualdade, não há mais necessidade de continuarmos falando em duas categorias: guardiães e pai visitante”¹⁴⁷.

Mais a frente, ele complementa:

“Assim, a verdadeira igualdade e isonomia dos gêneros significa que o poder familiar deve ser exercido em igualdade de condições pelo pai e pela mãe. Neste sentido, limitar, restringir visitas/convivência familiar sem um motivo desabonador e que desautorize tal convivência, além de ser uma afronta ao princípio do melhor interesse da criança, desrespeita também o princípio da igualdade. Aliás, o verdadeiro respeito à conjugação desses dois princípios, até que se exclua do nosso ordenamento jurídico o instituto da guarda como forma evoluída do exercício do poder familiar, é o compartilhamento da guarda”¹⁴⁸.

Por fim, é importante reconhecer que mesmo com todos esses instrumentos jurídicos assegurando a igualdade entre homens e mulheres, ainda existem atitudes e comportamentos desiguais, apesar de se reconhecer os avanços e melhorias significativas na maioria dos países. Isso é “culpa” de algumas tradições e costumes enraizados ao longo dos anos em que o papel da mulher sempre foi colocado em segundo plano¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Cf. Denise Damo COMEL, *Do poder familiar*, op. cit., p. 77.

¹⁴⁷ Cf. Rodrigo da Cunha PEREIRA, *Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família*, op. cit., p. 107.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Cf. COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS, *Direitos humanos – cidadania e igualdade*, Estoril, Príncipe, 2006, 193.

6. O Princípio do Superior Interesse da Criança

O Princípio do Superior Interesse da Criança¹⁵⁰ tem sua origem histórica baseada no instituto protetor do *parens patriae* do direito anglosaxônico, através do qual o Estado ficava com a responsabilidade e guarda das crianças e dos loucos, por serem considerados indivíduos juridicamente limitados¹⁵¹. É uma autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de determinada classe – os indivíduos com limitações jurídicas – quando elas necessitassem de orientação¹⁵².

O *best interest of the child* é oriundo da ideia de que o Estado, em determinadas circunstâncias, poderá exercer a sua autoridade sobre as crianças e adolescentes, mediante a ausência ou incapacidade dos pais de proverem a sua necessária assistência¹⁵³.

Tânia da Silva Pereira apresenta como marco jurisprudencial inglês o caso *Finlay v. Finlay*,

“em que ficou ressaltado que, ao exercitar o *parens patriae*, a preocupação não deveria ser a controvérsia entre as partes adversas e nem mesmo tentar compor a diferença entre elas. ‘O bem estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais’. [...]. Somente em 1836, porém, este princípio tornou-se efetivo na Inglaterra”¹⁵⁴.

Já nos Estados Unidos, esse Princípio foi efetivado no séc. XIX, na oportunidade do julgamento do caso: *Commonwealth v. Addicks*. No caso havia a disputa pela guarda de uma criança, após o divórcio dos pais, sendo que a mãe teria cometido adultério. Ao proferir a decisão, a corte considerou que a conduta da mulher em relação ao marido não estabelecia ligação com os cuidados que ela dispensava à criança.

Ainda nos Estados Unidos surgiu a figura do “guardião”, o qual desempenhava uma função do Estado de guardar os legalmente incapazes. Entretanto, ele mantinha subordinação à Corte, sendo considerado um delegado do *parens patriae*¹⁵⁵.

Com passar do tempo, foi-se percebendo a necessidade de reconhecer proteção especial à infância, de forma que na Declaração de Genebra de 1924¹⁵⁶ reconheceu-se a necessidade de proclamar à criança uma proteção especial.

¹⁵⁰ Também conhecido como o Princípio do Melhor Interesse do Menor (Cf. DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 1817; Pablo Stolze GAGLIANO; Rodolfo PAMPLONA FILHO, *Manual de direito civil*, op. cit., p. 109; Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*, op. cit., p. 365).

¹⁵¹ Cf. Andréa Rodrigues AMIN, “Doutrina da proteção integral”, in Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, op. cit., p. 74.

¹⁵² Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers RAMOS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., p. 126.

¹⁵³ Cf. Tânia da Silva PEREIRA, “O melhor interesse da criança”, in Tânia da Silva Pereira (coord.), *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p.1.

¹⁵⁴ *Idem*, p.2.

¹⁵⁵ Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers RAMOS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., p. 126.

A partir de então, diversos são os instrumentos legislativos internacionais que defendem a aplicação do Superior Interesse da Criança, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que estabelece que as crianças devem receber cuidados e assistência especiais; a Declaração Universal dos Direitos da Criança e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, as quais prevêem um desenvolvimento pleno e harmonioso da personalidade da criança. Esses documentos estabelecem que a família é um grupo fundamental da sociedade “*y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos os sus miembros, y en particular de los niños*”¹⁵⁷.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, nomeadamente no seu Art. 3.º, deixou evidente a intenção do legislador de colocar a criança em evidência principal de qualquer ação a ser executada, seja ela pública ou privada, cabendo aos agentes estatais (de cada Estado que ratificou a Convenção) a fiscalização dessas ações¹⁵⁸.

Inclusive, devemos destacar que em 2011, foi adotado um Protocolo Facultativo a essa convenção com a finalidade de instituir “*child-sensitive procedures*”, habilitando o Comitê de Direitos da Criança para apreciar petições individuais, tomar medidas provisórias em casos de urgência, apreciar comunicações interestaduais e realizar investigações *in loco*, como forma de privilegiar o superior interesse da criança¹⁵⁹.

No Brasil, o referido Princípio foi incorporado pela Constituição Federal de 1988 de maneira mais ampla. Até então, o tema de “crianças e adolescentes” sofreu diversas alternâncias ao longo da história de forma que chegaram a ser conduzidas, *inclusive*, pela ótica do direito penal.

No início do século XX surgiram algumas casas para correção dos menores viciados, além de que existiram outras normas penais que tratavam da matéria, como por exemplo: o Decreto n.º 3.779/41 que instituiu um serviço de assistência ao menor que era similar ao sistema penitenciário¹⁶⁰.

A Constituição Federal de 1988 (Art. 227, §6.º) ao consagrar a teoria da proteção integral deixa mais claro que as questões relativas à criança deverão ser tratadas com prioridade sobre qualquer outro interesse¹⁶¹. Todavia, quando se fala em direitos para uns, fala-se também em obrigações para outros e, nesse caso específico, os responsáveis a dar efetividade aos direitos das crianças e adolescentes são necessariamente: a família, a sociedade e o Estado¹⁶².

¹⁵⁶ O texto da Declaração de Genebra de 1924 encontra-se disponível para consulta em <http://ultimato.com.br/sites/maosdadas/2013/01/22/a-historia-da-heroina-que-criou-a-declaracao-dos-direitos-da-crianca/> (consultado em 01-06-2019).

¹⁵⁷ Cf. Marcela Acuña San MARTÍN, “Interés superior del niño: hacia el abandono de los estereotipos en las decisiones de cuidado”, *op. cit.*, p. 500.

¹⁵⁸ Cf. Mônica Luiza de Medeiros KRETER, *Conflictos interfamiliares de guarda e o princípio do melhor interesse: uma associação possível*, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica, 2007, p. 21.

¹⁵⁹ Cf. Flávia PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 16.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016, p. 303.

¹⁶⁰ Cf. Naul Luiz FELCA, “Constituição de 1988: divisor d’águas da infância e juventude”, in Ives Granda MARTINS e Francisco REZEK (coord.), *Constituição federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 820.

¹⁶¹ Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers RAMOS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, *op. cit.*, p. 129.

¹⁶² Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, *op. cit.*, p. 378.

O Superior Interesse da Criança é que permeia todo o ECA, justamente porque ele pode ser interpretado como originário da teoria da proteção integral da criança¹⁶³. Pode ser considerado como uma “norma de competência” estabelecendo diretrizes para criar normas ou decisões, ora a favor do legislador (na elaboração de novas Leis), ora a favor do juiz e da administração tutelar (na aplicação do direito positivo ao caso concreto). Ao mesmo tempo é uma “norma impositiva”, ordenando aos juizes, ao poder público e aos pais que, ao tomarem uma decisão que envolva crianças, respeitem com ponderação os seus interesses¹⁶⁴.

Para José Melo Alexandre, esse é:

“um princípio jurídico-formal, que actua como critério orientador; um *standard* hermenêutico (ou seja, um parâmetro auxiliar na concretização); uma pauta para a conformação do ordenamento jurídico pelo legislador; uma pauta obrigatória na resolução de casos concretos”¹⁶⁵.

Ou seja, a aplicação desse Princípio não o induz à base do “branco ou preto”, como ocorre com as regras, uma vez que sua aplicação deve ser *prima facie*, pois, de uma forma geral, os Princípios devem ter o seu conteúdo aberto, permitindo que sejam preenchidos em cada circunstância da vida e com as concepções próprias dos contornos que envolvem aquele caso concreto, podendo sofrer variações no tempo e no espaço¹⁶⁶.

Conforme referimos, esse Princípio é essencial em todas as ações relativas às crianças, como forma de salvaguardar a proteção e, mais que isso, para garantir um melhor desenvolvimento integral delas¹⁶⁷. É importante frisar que não se limita a ações que tenham as crianças como destinatários diretos (por exemplo: educação, casos judiciais de guarda, etc.), mas, ao invés, é relevante para todas as ações que possam ter um impacto direto ou indireto sobre elas (por exemplo: políticas de emprego, cabimento orçamental, construção de praças, etc.)¹⁶⁸.

Graciela Medina ensina que:

“El principio del interés superior del menor se presenta en todas las ramas del derecho. Para advertir su influencia en la generalidad del sistema basta recordar la influencia que tiene

¹⁶³ Cf. Malu Moreira ALCÂNTARA, “Guarda Conjunta: um estudo comparado luso-brasileiro”, 2017, disponível para consulta em http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3207/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Malu_Moreira_Al_cantara.pdf (consultado em 31-05-2019).

¹⁶⁴ Cf. José Melo ALEXANDRINO, “Os Direitos das crianças – linhas para uma construção unitária”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, I, 2008, disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-de-melo-alexandrino-os-direitos-das-criancas/> (consultado em 29-05-2019).

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Cf. Rodrigo da Cunha PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, op. cit., p. 91.

¹⁶⁷ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 83.

¹⁶⁸ Cf. Vital MOREIRA; Carla MARCELINO (coord.), *Compreender os direitos humanos*, op. cit., p. 311.

*desde el sistema de privación de libertad de los menores, hasta en el sistema de custodia de los niños de padres que unidos en relaciones homosexuales. En tal sentido es preciso señalar que “el interés del menor” tiene mayor vigencia en el derecho de familia*¹⁶⁹.

O Estado (e a sociedade como um todo) tem o dever de respeitar a intimidade da vida familiar, de forma que não poderá interferir diretamente (e frequentemente) no seio daquela família. Entretanto não se pode ignorar a existência de violações dos direitos das crianças e adolescentes, mesmo no âmbito familiar, pois se deve respeitar os seus reais interesses¹⁷⁰.

Em suma, na aplicação do Princípio do Superior Interesse da criança não se aplica o que a pessoa (que esteja aplicando a Lei) entende que é melhor para criança, todavia é necessário observar o objetivamente o que vai atender à sua dignidade como pessoa em desenvolvimento¹⁷¹.

Os instrumentos jurídicos internacionais não definem o que compreende o Princípio do Superior Interesse da Criança, deixando sua melhor análise e definição para o momento de sua aplicabilidade, pois:

*“o interesse da criança, dado ao seu estreito contacto com a realizada, não é susceptível de uma definição em abstracto que valha para todos os casos. Este critério só adquire eficácia quando referido ao interesse de cada criança, pois há tantos interesses da criança como crianças. Contudo, o julgador não pode ficar isolado, de forma individualista, com o caso concreto. Deve, antes, conhecer a sociedade em que está inserido e um conjunto de regras gerais e científicas sobre o desenvolvimento das crianças e as suas necessidades específicas em cada estágio de desenvolvimento”*¹⁷².

Neste mesmo sentido, Marcela Acuña San Martín esclarece que:

*“El comité de los Derechos del Niño, ha explicado el triple concepto que tiene el interés superior, destacando su carácter de derecho sustantivo, como concreto derecho del niño y su rol de criterio jurídico interpretativo fundamental, en el sentido de que si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”*¹⁷³.

¹⁶⁹ Cf. Graciela MEDINA, “Principios generales em materia de derecho de familia en el derechos supracional de los derechos humanos y en el derecho positivo argentino”, *op. cit.*, p. 383.

¹⁷⁰ Cf. Sônia MOREIRA, “A autonomia do menor no exercício dos seus direitos”, *op. cit.*, p. 167.

¹⁷¹ Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, *op. cit.*, p. 75.

¹⁷² Cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, *op. cit.*, p. 42.

¹⁷³ Cf. Marcela Acuña San MARTÍN, “Interés superior del niño: hacia el abandono de los estereotipos en las decisiones de cuidado”, *op. cit.*, p. 501.

Enfim, sabendo que em se tratando de quaisquer ações judiciais em que estejam envolvidos as crianças e os adolescentes, o que se deve primar é pela consideração do seu superior interesse, não poderíamos deixar de tecer alguns comentários sobre o citado Princípio já no primeiro capítulo desse trabalho.

CAPÍTULO II – GUARDA E PROTEÇÃO DOS FILHOS

1. Enquadramento conceitual

É difícil enquadrar num único conceito os institutos jurídicos, sobretudo os aplicados aos direitos humanos no seio familiar, pois, ao tentarmos conceituá-los, com a finalidade de proporcionar certeza e segurança jurídica, corremos risco de enclausurá-los e excluirmos inúmeros aspectos pertinentes que só serão conhecidos na aplicação do caso concreto¹⁷⁴.

Para tanto, a proposta desse tópico não é limitar um conceito para guarda, apresentando um conceito único para esse instituto tão amplo e rico em detalhes, mas sim apresentar elementos que nos façam entender com mais propriedade esse instituto que é um dos mais delicados de todo o direito de família¹⁷⁵.

É importante destacar que a guarda, analisada como instituto jurídico, pode ser conjugada com outros institutos, tais como o poder familiar e a tutela, considerando seu caráter protetor das crianças¹⁷⁶. Entretanto, neste trabalho, trataremos a guarda relacionando-a com o poder familiar, considerando-a como sendo um dever comum, mútuo e simultâneo direcionado aos genitores¹⁷⁷.

Dito isso, analisando a guarda sob a perspectiva do poder familiar, recordamos que este “poder” atribui aos pais a obrigação de criar e educar os filhos, além de lhes dar o direito de acompanhar e participar do crescimento deles, sendo necessária a guarda efetiva, até porque, os pais são responsáveis civilmente pelos atos do filho¹⁷⁸.

Entretanto, faz-se necessário esclarecer que a guarda não é da essência do poder familiar, uma vez que nem sempre será concedida conjuntamente aos dois genitores, podendo ser destacada e atribuída individualmente a um deles ou até mesmo a terceiros¹⁷⁹, ou seja, a guarda constitui um dos deveres inerentes ao exercício do poder familiar, sendo considerado o mais destacável, justamente por possuir desdobramentos próprios¹⁸⁰.

Outro esclarecimento necessário, já no início desse capítulo, diz respeito à diferença entre guarda e companhia, pois elas são abrangidas de forma distinta pelo poder familiar, conforme previsão

¹⁷⁴ Cf. Silvana Maria CARBONERA, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 42.

¹⁷⁵ Cf. Washington de Barros MONTEIRO, *Curso de direito civil – direito de família*, 32.ª ed., vol. 2, 1995, p. 288.

¹⁷⁶ Cf. Silvana Maria CARBONERA, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, op. cit., p. 48.

¹⁷⁷ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 63.

¹⁷⁸ Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers RAMOS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., pp. 65-66.

¹⁷⁹ Cf. Ana Maria Milano SILVA, *A lei sobre guarda compartilhada*, op. cit., p. 40.

¹⁸⁰ Cf. Ricardo Bastos MACHADO, *Aspectos da nova guarda compartilhada: (Lei n.º 13.058, de 22.12.2014)*, Passos, Gráfica e Editora São Paulo, 2015, p. 19; Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 75.

do Art. 1.634, II, do CC. A companhia dos pais nem sempre quer dizer que eles são os “guardiões” dos filhos, pois enquanto a guarda é um direito/dever, a companhia relaciona-se com o direito de estar junto, convivendo com o filho, mesmo sem estar exercendo a guarda¹⁸¹.

Nesse sentido, com o fim dos relacionamentos conjugais, poderão ocorrer mudanças na vida cotidiana daquele seio familiar, podendo gerar uma limitação ao direito dos pais terem os filhos em sua “companhia permanente”, pois a criança poderá ficar sob a guarda de apenas um dos seus genitores, por exemplo. Entretanto, é oportuno lembrar que os filhos têm direito a conviver com o genitor “não-guardião”¹⁸².

Com relação à guarda, ela surge como um direito-dever natural o originário dos pais, que consiste na convivência (e não só na companhia, conforme referimos há pouco) com seus filhos enquanto não atingem a maioridade, na intenção deles exercerem as funções decorrentes do poder familiar previstas no Código Civil¹⁸³.

Se estivéssemos tratando de direito obrigacional, o termo “guarda” remeter-nos-ia para a obrigação de cuidar e zelar por alguma coisa, que posteriormente seria devolvida ao depositante. Entretanto, surgem inúmeras dificuldades quando associamos isoladamente o direito obrigacional às relações familiares, sobretudo porque envolve sentimentos, emoções e paixões de todas as pessoas envolvidas¹⁸⁴.

Rodrigo da Cunha Pereira esclarece que na guarda:

“O que se garante é a continuidade da convivência familiar, que é um direito fundamental da criança e, por seu turno, um dever fundamental dos pais. A convivência, neste interim, não assume apenas a faceta do conviver e da coexistência, mas vai muito mais além, ou seja, participar, interferir, limitar, enfim, educar. Estes deveres não se rompem com o fim da conjugalidade, por força do art. 1.632 do Código Civil de 2002, por ser atributo inerente ao poder familiar, que apenas se extingue com a maioridade ou a emancipação do filho. Zelar pelo melhor interesse do menor, portanto, é garantir que ele conviva o máximo possível com ambos os genitores – desde que a convivência entre eles seja saudável, ou seja, que não exista nada que os desabone”¹⁸⁵.

Recordamos que a família é indispensável para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, de forma particular das crianças, cabendo, portanto, a ambos os genitores assumirem

¹⁸¹ Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, op. cit., pp. 194-195.

¹⁸² Cf. Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, op. cit., p. 104.

¹⁸³ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 65.

¹⁸⁴ Cf. Conrado Paulo da ROSA, *Nova lei da guarda compartilhada*, op. cit., p. 47.

¹⁸⁵ Cf. Rodrigo da Cunha PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, op. cit., p. 96.

plenamente as suas responsabilidades dentro da sociedade e no seio familiar de cada uma, cuidando e protegendo os filhos menores. “Cuidado” e “proteção” são expressões ligadas à afetividade sem as quais não existe “família”¹⁸⁶, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988 que se refere à família como sendo a base da sociedade (Art. 226).

No Brasil há uma confusão entre “guarda” e “poder familiar”, justamente pela relação existente entre esses dois institutos jurídicos. Após o rompimento da relação conjugal dos pais, a guarda do filho remete-se à companhia e convivência física de uma pessoa com relação à outra (do filho com os pais), a qual fica responsável por cuidar e zelar pela sua segurança. Em contrapartida, o poder familiar não se abala com o rompimento da relação conjugal, pois ele permanece hígido¹⁸⁷.

Dessa forma, a guarda de filhos compreende, ao mesmo tempo, direitos e obrigações dos pais (ou a quem de direito), os quais ficam submetidos a um regime jurídico legal que visa facilitar prerrogativas para eles exercerem a proteção e amparo dos seus filhos (ou de crianças, no caso da guarda atribuída a terceiros), de forma que pode ser considerado um “poder-dever”, *inclusive* com natureza de ordem pública¹⁸⁸.

Durante o casamento (ou união estável, ou qualquer relação afetiva existente entre os pais) a guarda é exercida por ambos os genitores e, após a dissolução do relacionamento conjugal, essa não deverá ser afetada, pois continuam existindo os direitos e deveres dos pais com relação aos filhos, de forma que a continuidade da convivência dos filhos com ambos os pais não poderá ser comprometida¹⁸⁹.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, que estabelece no seu Art. 19 a obrigação dos Estados Partes tomarem todas as medidas (legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas) para proteger a criança de qualquer forma de violência, dano, abandono, maus-tratos, exploração, enquanto elas estiverem sob guarda dos pais (individualmente ou conjuntamente), dos representantes legais ou de quem tenha sido confiada a guarda.

No mesmo sentido é a Convenção Americana dos Direitos Humanos, a qual determina, no seu Art. 19, que as crianças terão direito à todas medidas de proteção que a sua condição de menor requer, obrigando à família, à sociedade e ao Estado cumpri-las quando for necessário.

Reconhecendo que a guarda teve respeitar a condição de ser em desenvolvimento dos filhos, citamos o conceito de Silvana Maria Carbonera, a qual afirma que:

¹⁸⁶ Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, op. cit., pp. 193-194.

¹⁸⁷ Cf. José Fernando SIMÃO, *Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas*, 2015, disponível para consulta em <https://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas> (consultado em 31-05-2019).

¹⁸⁸ Cf. Guilherme Gonçalves STRENGER, *Guarda dos filhos*, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 31.

¹⁸⁹ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2446.

“Ao relacionar outros elementos à noção básica de guarda, na perspectiva do Direito de Família, ela poderia ser compreendida como um instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial”¹⁹⁰.

Portanto, a guarda abrange um dos deveres do poder familiar inerente aos pais, mais precisamente o dever de propiciar os cuidados cotidianos aos filhos enquanto menores, proporcionando-lhes não só um escopo de proteção, mas, principalmente, promocional da sua personalidade¹⁹¹.

Faz-se necessário dizer que existem situações em que as crianças poderão ser colocadas sob guarda e cuidados de um terceiro (seja uma família ou uma instituição¹⁹²), conforme estudaremos no tópico 2.2 desse capítulo. Essa modalidade não advém de um direito natural¹⁹³, mas são situações excepcionais que surgem mediante a necessidade de se fazer respeitar o Princípio do Superior Interesse delas, *inclusive* esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Cf. Silvana Maria CARBONERA, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, op. cit., pp. 47-48.

¹⁹¹ Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, op. cit., p. 109.

¹⁹² Mesmo que esse não seja o objeto central do nosso estudo, não poderíamos deixar de referir.

¹⁹³ Até porque se faz necessário uma decisão judicial determinando que a criança seja colocada sob a guarda de um terceiro.

¹⁹⁴ Em recente julgado o STJ decidiu: “EMENTA: HABEAS CORPUS. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. FILHA DE MÃE SOROPOSITIVA. NECESSIDADE DE CUIDADOS ESPECIAIS. MEDIDA PROTETIVA DE ACOHLIMENTO INSTITUCIONAL.

1. Sob o enfoque da doutrina da proteção integral e prioritária consolidada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), torna-se imperativa a observância do melhor interesse do menor, de sorte que o cabimento de medidas específicas de proteção, tal como o acolhimento institucional (art. 101, VII, do ECA), apenas terá aptidão e incidência válida quando houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos pelo Estatuto, consoante exegese extraída do art. 98 do mesmo diploma.

2. Esta Corte Superior tem entendimento firmado no sentido de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica da menor, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional ou o acolhimento familiar temporário (precedentes: HC n. 294.729/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 29.08.2014; HC 279.059/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 28.2.2014; REsp n. 1.172.067/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, DJe 14.4.2010).

3. Assim, tem-se que a ação do Juiz no sentido de colmatar desvios - tanto no âmbito da ação estatal quanto no âmbito familiar, seja por ato próprio da criança ou do adolescente, como também no domínio da sociedade - deve ser, sempre e sempre, pautada pela precisa identificação de situação concreta de ameaça ou violação de direitos, notadamente em se tratando da medida de proteção que impõe o acolhimento institucional, por ser esta orientada pelo caráter da excepcionalidade e da provisoriedade, nos termos do que dispõe o §1º do art. 101 do ECA.

4. No caso em exame, a manutenção da guarda de L. G. da S. P. com o casal D. C. P. G. G. e J. G. não representa situação concreta de ameaça ou violação de direitos da criança, pois nada há nos autos a demonstrar, ainda que vagamente, a ocorrência de exposição do menor a riscos para sua integridade física e psicológica. Ao revés, compulsando os autos verifica-se que a menor L. G. da S. P. necessita de cuidados especiais iminentes e preventivos por ser um bebê de mãe soropositiva, que teve contato e foi exposto ao vírus HIV, tendo *inclusive* que tomar antibióticos profiláticos 3 vezes ao dia para evitar possíveis sequelas e riscos de morte.

5. Por outro lado, até o momento, os impetrantes alegam que sua real intenção é manter a guarda provisória com os guardiães de fato, sem romper, no entanto, o vínculo parental da menor com seus genitores, sendo medida, por conseguinte, reversível. Diante desse contexto, a hipótese excepcionalíssima dos autos justifica a concessão da ordem, porquanto parece inválida a determinação de acolhimento institucional da criança em abrigo ou entidade congênere, uma vez que, como se nota, não se subsume em nenhuma das hipóteses do art. 98 do ECA.

6. Ordem concedida (STJ – HC: 487143, SP 2018/0346894-0, RELATOR: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 28/03/2019, Quarta turma, Data de publicação: DJe 13/05/2019.”, disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95253136&num_registro=201803468940&data=20190513&tipo=5&formato=PDF (consultado em 05-06-2019).

2. Evolução da guarda no direito brasileiro

A primeira regra no direito brasileiro que tratou sobre o destino dos filhos de pais divorciados foi o Dec. n.º 181, de 1980¹⁹⁵, que estabelecia, especificamente no Art. 90, que: “A sentença do divórcio litigioso mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre”.

Com o Código Civil de 1916 essa realidade foi alterada, pois houve distinção entre as hipóteses de dissolução amigável e judicial¹⁹⁶. A legislação passou a prever a possibilidade de os pais, no caso de dissolução conjugal amigável, acordarem sobre a guarda dos filhos (Art. 325), mas ainda manteve a ideia contida no Decreto acima referido para os divórcios processados mediante decisão judicial, de forma que os filhos menores deveriam ficar com o cônjuge inocente.

Ora, ao atribuir a guarda dos filhos ao cônjuge inocente, a Lei “premiava” aquele que tivesse se comportado bem como cônjuge, ou seja, em nenhum momento era considerado o interesse das crianças, uma vez que os sujeitos principais da relação jurídica de família eram os cônjuges¹⁹⁷.

Ainda no que diz respeito à culpa, se ambos os pais fossem considerados culpados, havia diferenciação, pois a mãe ficaria com as filhas (meninas), enquanto menores, e com os filhos (meninos) até à idade de seis anos (depois dessa idade seriam entregues ao pai); o pai ficaria com os filhos (meninos) maiores de seis anos; e havendo motivo grave, em qualquer um dos casos, o juiz poderia regular de forma diferente, “pelo bem dos filhos”, conforme Arts. 326 e 327 do Código Civil de 1916.

Em 1941, com o Dec. n.º 3.200/41¹⁹⁸, que dispõe sobre a organização e proteção da família, o Art. 16, disciplinou que o “pátrio poder” dos filhos naturais fosse exercido pelo genitor que os reconhecessem; e, no caso dos dois genitores reconhecerem os filhos, eles deveriam ficar sob o poder do pai, dando prioridade à figura paterna¹⁹⁹.

Com o advento do “Estatuto da mulher casada”, Lei n.º 4.121/62, durante a constância do casamento, a esposa passou a colaborar com o esposo no exercício do até então poder familiar (Art. 1º, inciso XI). Com a dissolução da relação conjugal, não houve alteração quanto aos casos de divórcio

¹⁹⁵ O texto do Dec. n.º 181, de 1980 encontra-se disponível para consulta em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html> (consultado em 05-06-2019).

¹⁹⁶ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 66.

¹⁹⁷ Cf. Silvana Maria CARBONERA, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, op. cit., p. 103.

¹⁹⁸ O texto do Decreto-Lei n.º 3.200/41 encontra-se disponível para consulta em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3200-19-abril-1941-413239-publicacaooriginal-1-pe.html> (consultado em 06-06-2019).

¹⁹⁹ Cf. Ana Maria Milano SILVA, *A lei sobre guarda compartilhada*, op. cit., p. 42.

amigável, pois os pais poderiam acordar sobre a guarda dos filhos. No entanto, nos casos de divórcio judicial explica Waldyr Grisard Filho que:

“[o] Código Civil de 1916 passou a contemplar o seguinte esquema: a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; b) sendo ambos os cônjuges culpados, com a mãe ficariam os filhos menores, já não mais observada a distinção de sexo e idade destes, salvo disposição contrária do juiz; c) verificando que não deveriam os filhos ficar sob a guarda da mãe nem do pai, estava o juiz autorizado a deferir a guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando-se, entretanto o direito de visitas”²⁰⁰.

Outra Lei que devemos destacar é a Lei n.º 5.582/70²⁰¹, pois ela alterou o já referido Dec. 3.200/41, estabelecendo agora que se ambos os genitores reconhecerem os filhos, eles deverão ficar sob o poder da mãe, salvo se isso prejudicasse a criança, ou seja, passou-se a estabelecer uma preferência pela figura materna²⁰².

No ano de 1975 a Organização das Nações Unidas instituiu o ano de 1975 como o “Ano Internacional da Mulher” e o período de 1975 a 1985 como a “Década da Mulher”, além disso foi estabelecido que o dia 8 de março seria comemorado o “Dia Internacional da Mulher”²⁰³.

Essa influência internacional teve reflexos no Brasil, pois em 1977 foi aprovada a Lei n.º 6.515/77²⁰⁴, conhecida como “Lei do Divórcio”²⁰⁵, que regulou os casos de dissolução de sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, sendo considerada um marco para a autonomia do gênero feminino²⁰⁶.

Esta Lei trouxe uma seção exclusiva para a proteção dos filhos (do Art. 9.º ao Art. 16), considerando que na dissolução amigável os pais deveriam acordar sobre a guarda dos filhos; na separação fundada em culpa por um dos cônjuges, os filhos ficariam com o que não deu causa; na separação que ambos deram causa, os filhos ficariam com a mãe, salvo se houvesse risco de causar-lhes prejuízo; ou ainda com o cônjuge com quem estavam durante a ruptura da vida comum, ou com quem tivesse condições de assumir a responsabilidade da guarda e educação.

²⁰⁰ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 67.

²⁰¹ O texto da Lei n.º 5.582/70 encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5582.htm (consultado em 06-06-2019).

²⁰² Cf. Ana Maria Milano SILVA, *A lei sobre guarda compartilhada*, op. cit., p. 42.

²⁰³ Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 39.

²⁰⁴ O texto da Lei n.º 6.515/77 encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm (consultado em 06-06-2019).

²⁰⁵ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 419; Pablo Stolze GAGLIANO; Rodolfo PAMPLONA FILHO, *Manual de direito civil*, op. cit., p. 1195.

²⁰⁶ Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, op. cit., p. 38.

Um destaque especial para essa Lei é o seu Art. 13, tendo em vista que ela conferiu ao juiz o poder de afastar as regras ordinárias e regulamentar a guarda de maneira diversa, caso existissem motivos graves, “a bem do menor”, ou seja, interpretando o Princípio do Superior Interesse da Criança, o juiz tinha a autonomia de escolher qual a melhor forma de atender o interesse das crianças e não os interesses dos pais²⁰⁷.

A relação conjugal ainda continuava a ter mais destaque do que o interesse dos filhos, o qual só seria considerado quando o juiz considerasse a existência de motivos graves, ou seja, o papel do filho, neste contexto, ainda é de coadjuvante da relação conjugal e não de protagonista da relação familiar²⁰⁸.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o valor da dignidade da pessoa humana passou a ser o núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, sendo utilizado como critério e parâmetro de valoração para direcionar a interpretação e a compreensão do sistema constitucional²⁰⁹.

Ana Carolina Brochado Teixeira esclarece que a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada:

“um marco para toda a ordem jurídica contemporânea, pois revolucionou suas bases ao jurisdicizar os valores sociais da época. Tais valores advinham de um século marcado por duas grandes guerras mundiais, que despertou o pensar do homem em questões mais relevantes que o patrimônio. Fez com que a pessoa humana olhasse para si mesma, para sua própria existência e ontologia. Foi então que se intensificou a preocupação em protegê-la, engendrando todos os mecanismos para que essa proteção se efetivasse”²¹⁰.

Com essa mudança de paradigma é que os filhos adquiriram *status* jurídico próprio, pois, até chegarmos à aprovação da Constituição Federal de 1988, os filhos eram desprovidos de vida jurídica própria, tendo em vista que o seu *status* jurídico era associado diretamente aos seus pais²¹¹.

A partir desse *status*, o filho é colocado em situação de maior equivalência no seio familiar, buscando a igualdade na relação paterno-filial, especialmente depois da dissolução da união conjugal dos seus pais, cujos efeitos são sentidos pelos filhos, os quais, na maioria das vezes, não são judicialmente consultados acerca do fim dessa união²¹².

²⁰⁷ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 68.

²⁰⁸ Cf. Silvana Maria CARBONERA, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, op. cit., p. 114.

²⁰⁹ Cf. Flávia PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, op. cit., p. 97.

²¹⁰ Cf. Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, op. cit., p. 42.

²¹¹ Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira CHAMBERS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., p. 40.

²¹² Cf. Silvana Maria CARBONERA, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, op. cit., p. 125.

Até a Constituição Federal de 1988 percebe-se que, pelo percurso das normas, havia claramente uma dominação do gênero masculino em relação ao feminino, com qualificação de uns (homens) e desqualificação de outros (mulheres), unicamente por uma questão de gênero. Isso foi superado por essa nova Constituição²¹³, que influenciada também pela Convenção Americana dos Direitos Humanos²¹⁴.

Dois anos depois, surge o ECA, sendo considerada uma legislação que acompanha a evolução das relações familiares e se apresenta como um padrão a ser observado como o mínimo indispensável a ser proporcionado às crianças e adolescentes, deixando de lado a ideia de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características obrigacionais dos pais para com os seus filhos²¹⁵.

Em 1990 o Brasil ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual acolhe a mesma ideia de reconhecer a criança como detentora de direitos, exigindo proteção especial e absoluta prioridade para que ela tenha um desenvolvimento integral²¹⁶, de forma que a Constituição Federal de 1988 já estava em plena consonância com essa Convenção²¹⁷.

Em 1993, o Brasil participou da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos e aprovou com vários países do sistema das Nações Unidas a “Declaração e programa de ação de Viena”, a qual, no n.º 21 estabelece que:

“Em todas as iniciativas relativas à infância, a não-discriminação e o interesse superior da criança deverão constituir considerações primordiais, devendo ter-se na devida conta as opiniões da criança. Os mecanismos e programas de âmbito nacional e internacional deverão ser reforçados com vista à defesa e à proteção das crianças, em particular, das meninas, das crianças abandonadas, dos meninos da rua, das crianças sujeitas a exploração econômica e sexual, nomeadamente através da pornografia e da prostituição infantis ou da venda de órgãos, das crianças vítimas de doenças, incluindo a síndrome da imunodeficiência adquirida, das crianças refugiadas e deslocadas, das crianças sujeitas a detenção e das crianças envolvidas em conflitos armados, bem como das crianças vítimas da fome e da seca e de outras situações de emergência. A cooperação e a solidariedade internacionais deverão ser promovidas, com vista a apoiar a aplicação da Convenção, e os direitos da criança deverão constituir uma prioridade no âmbito da ação alargada do sistema das Nações Unidas na área dos Direitos Humanos. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos sublinha também que, para um desenvolvimento harmonioso e pleno da sua

²¹³ Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, op. cit., p. 39.

²¹⁴ Cf. Gabriela Ferreira Pinto de HOLANDA; Flávia de ÁVILA, “A importância do pacto de San José da Costa Rica para a proteção das brasileiras”, *Revista de Direito de Família e Sucessão*, vol. 3, n.º 1, jan./jun., 2017, p. 81.

²¹⁵ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2170.

²¹⁶ Cf. Carla Rodrigues SANTANA, “O exercício do poder familiar após o desenlace conjugal por meio do instituto denominado guarda”, *Videre*, ano 3, n.º 5, jan/jun, 2011, p. 195.

²¹⁷ Cf. Flávia PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, op. cit., pp. 299-301.

personalidade, a criança deverá crescer num ambiente familiar, que é assim merecedor de uma proteção mais ampla”²¹⁸.

Entretanto, a legislação civil precisava ser alterada para contemplar os novos dispositivos constitucionais e para se adaptar às normas internacionais citadas, *inclusive* porque com as várias alterações ocorridas no Código Civil de 1916 levou-o a um “esvaziamento”²¹⁹.

Com a edição do Código Civil de 2002, surgiu um capítulo especialmente voltado para os direitos de personalidade, de forma que deslocou as pessoas e suas necessidades fundamentais da periferia para o centro, promovendo uma verdadeira alteração no interior da disciplina jurídica e deixando de lado a ideia de que o patrimônio deveria ser o seu núcleo²²⁰.

A partir de então é sepultada a possibilidade de os pais perderem a guarda dos filhos nos casos de serem responsáveis pelo fim do relacionamento conjugal (excluindo a ideia de culpa), assim como também fica para trás a prevalência materna (ou paterna como era até o advento do Estatuto da mulher casada, conforme já referimos) na fixação da guarda em caso de culpa recíproca²²¹.

Neste ponto, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos ensina que:

“O princípio do melhor interesse da criança sempre foi o principal fundamento para as decisões judiciais em matéria de guarda. Embora o direito brasileiro contivesse disposição legal que determinava a atribuição da guarda ao cônjuge inocente, a jurisprudência majoritária já fazia uma distinção entre as relações conjugais das relações parentais (de filiação), considerando que o comportamento reprovável de um dos cônjuges perante o outro não implicava o exercício reprovável da paternidade ou maternidade”²²².

Sendo assim, a guarda dos filhos menores (ou maiores incapazes) passou a ser atribuída a quem revelasse melhores condições de exercê-la (Art. 1.584 do CC – já alterado)²²³. O novo Código Civil

²¹⁸ O texto da Declaração e programa de ação de Viena encontra-se disponível para consulta em <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf> (consultado em 11-06-2019).

²¹⁹ Cf. Ana Carolina Brochado TEIXEIRA, *Família, guarda e autoridade parental*, op. cit., p. 41.

²²⁰ Cf. Luiz Edson FACHIN, *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2012, p. 78.

²²¹ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 70.

²²² Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers RAMOS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., p. 128.

²²³ “EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE GUARDA DE MENOR FORMULADO PELO PAI EM FACE DA MÃE. MELHORES CONDIÇÕES. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DA CRIANÇA. - Impõe-se, relativamente aos processos que envolvam interesse de menor, a predominância da diretriz legal lançada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, de proteção integral à criança e ao adolescente como pessoa humana em desenvolvimento e como sujeito de direitos civis, humanos e sociais, garantidos, originariamente, na Constituição Federal. Devem, pois, as decisões que afetem a criança ou o adolescente em sua subjetividade, necessariamente, pautar-se na premissa básica de prevalência dos interesses do menor. - Nos processos em que se litiga pela guarda de menor, não se atrela a temática ao direito da mãe ou do pai, ou ainda de outro familiar, mas sim, e sobretudo, ao direito da criança a uma estrutura familiar que lhe confira segurança e todos os elementos necessários a um crescimento equilibrado. - Sob a ótica do interesse superior da criança, é preferível ao bem estar do menor, sempre que possível, o convívio harmônico com a família – tanto materna, quanto paterna. - Se a conduta da mãe, nos termos do traçado probatório delineado pelo Tribunal de origem, denota plenas condições de promover o sustento, a guarda, a educação do menor, bem assim, assegurar a efetivação de seus direitos e facultar seu desenvolvimento físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, com todo o amor, carinho e zelo inerentes à relação materno-filial, deve-lhe ser atribuída a guarda da

estabeleceu algumas diretrizes para a atribuição da guarda única ou unilateral, que é atribuída a apenas um dos genitores, e uma pequena referência ao direito de visitas²²⁴. Entretanto, não proibia o compartilhamento dos cuidados desses para com seus filhos, pelo contrário, estabelecia que os pais deveriam decidir em conjunto as questões relativas aos filhos (Art. 1.690 do CC).

Outro aspecto de priorização dos interesses das crianças é que tanto o pai quanto a mãe, mesmo contraindo novas núpcias, não perdem o direito de ter consigo os filhos do relacionamento anterior, de forma que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, mediante prova de que os filhos não estão sendo tratados convenientemente (Art. 1.588 do CC)²²⁵.

Com o crescente ingresso da mulher no mercado de trabalho e nas esferas de poder, as mães precisaram de se afastar um pouco das atividades domésticas. Com isso os pais tiveram que se fazer mais presentes no convívio com os filhos, de forma que os despertou para as “delícias da paternidade” e eles passaram a reivindicar maior convívio com os filhos, quando da separação do casal, pois culturalmente a guarda vinha sido atribuída exclusivamente à mãe²²⁶.

Com a finalidade de alargar a aplicação da guarda compartilhada é que surgiu a Lei n.º 11.698/08²²⁷, a qual alterou alguns dispositivos do Código Civil de 2002 e trouxe expressamente a previsão legal desse modelo de guarda, deixando de lado a cultura de briga pela posse do filho, eliminando a possibilidade de existir “ganhadores” e “perdedores” e proclamando os filhos como os únicos “vencedores”²²⁸.

Todavia, ressaltamos que, até então, a guarda compartilhada vinha sendo atribuída pela jurisprudência²²⁹, interpretando os seguintes dispositivos legais, conforme explica Carla Rodrigues Santana:

“a) art. 229 da Constituição Federal (Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores); b) art. 1.579 do Código Civil de 2002 (O divórcio não modificará os direitos e

filha, porquanto revela melhores condições para exercê-la, conforme dispõe o art. 1.584 do CC/02. - Melhores condições para o exercício da guarda de menor, na acepção jurídica do termo, evidencia não só o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor, mas, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, nos sentidos mais completos alcançáveis. - Contrapõe-se à proibição de se reexaminar provas em sede de recurso especial, rever a conclusão do Tribunal de origem, que repousa na adequação dos fatos analisados à lei aplicada. Recurso especial não conhecido. (STJ – Resp: 916350-RN 2007/0002419-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/03/2008, 3.ª turma, Data de Publicação: DJE 26/03/2008)” disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3681961&num_registro=200700_024192&data=20080326&tipo=5&formato=PDF (consultado em 07-06-2019).

²²⁴ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2442.

²²⁵ Prevê o Código Civil de 1916, em seu Art. 329: “A mãe, que contrai novas núpcias, não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os trata convenientemente”.

²²⁶ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2442.

²²⁷ O texto da Lei n.º 11.698/08 encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm (consultado em 11-06-2019).

²²⁸ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 173.

²²⁹ “EMENTA: AGRAVO INTERNO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. ALTERAÇÃO LIMINAR DE GUARDA DOS FILHOS. Mostra-se temerária alteração na guarda, mormente quando já se encontra determinada a guarda compartilhada entre os genitores do menor. Partindo-se do princípio que é o interesse do menor que deve ser resguardado, melhor é aguardar que elementos de convicção mais concretos venham aos autos. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO. (SEGREGADO DE JUSTIÇA) (Agravado Interno, Nº 70013943881, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em: 09-02-2006)” disponível para consulta em https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php (consultado em 07-06-2019).

deveres dos pais em relação aos filhos); c) art. 1.632 do Código Civil de 2002 (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); d) art. 1.690, parágrafo único do Código Civil de 2002 (Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e aos bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária)²³⁰.

Sendo assim, a Lei n.º 11.698/08 trouxe expressamente um sistema dual para a atribuição da guarda de filhos: a guarda unilateral e a guarda compartilhada. Conforme nova redação dada ao Art. 1.583 do CC, a partir de então, a exclusividade do modelo de guarda única perdeu forças. Com a nova redação do Art. 1.584, a guarda compartilhada passou a ser o modelo preferencial²³¹, nos moldes do seu parágrafo segundo (já alterado pela Lei n.º 13.058/14, conforme veremos a seguir).

É importante citar que o pai ou a mãe que não estiver com a guarda da criança, tem o direito de visitá-la e de tê-la em sua companhia, conforme pode ser acordado com o detentor da guarda ou determinado pelo juiz (Art. 1.589 do CC). Posteriormente esse direito de visitas foi estendido aos avós (parágrafo único do Art. 1.589 do CC²³²).

A Lei n.º 12.010/09 alterou alguns artigos do ECA com a finalidade de sedimentar que é obrigação da família natural exercer a guarda dos filhos, de forma que foram criados instrumentos processuais com o intuito de preservar a integridade da família de origem e com o objetivo de evitar que os filhos menores sejam entregues a terceiros ou transferidos para entidades de acolhimento por desejo exclusivo dos pais, sem a apreciação judicial²³³.

Essa Lei exige a deflagração de processo judicial assegurando aos pais ou responsáveis o exercício do contraditório e da ampla defesa, a fim de evitar também que as crianças sejam afastadas

²³⁰ Cf. Carla Rodrigues SANTANA, "O exercício do poder familiar após o desenlace conjugal por meio do instituto denominado guarda", *op. cit.*, pp. 201-202.

²³¹ "EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL LITIGIOSA, PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES PARA DECRETAÇÃO. A guarda compartilhada está prevista nos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/08, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobretudo, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento N.º 70025244955, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 24/09/2008)" disponível para consulta em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70025244955%26num_processo%3D70025244955%26codEmenta%3D2533431+art.+1584+codigo+civil+++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70025244955&comarca=Camaqu%C3%A3&dtJulg=24/09/2008&relator=Andr%C3%A9%20Luiz%20Planella%20Villarinho&aba=juris (consultado em 07-06-2019).

²³² Esse Parágrafo Único foi incluído pela Lei n.º 12.398/11 e encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12398.htm (consultado em 07-06-2019).

²³³ Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, *op. cit.*, p. 196.

de sua família por decisão administrativa do conselho tutelar ou sem respeito à legislação processual pertinente²³⁴.

A Lei n.º 12.058/14²³⁵ introduz uma correção no §2.º do Art. 1.584, o qual previa a aplicação da guarda compartilhada “sempre que possível”, o que dava margem para que vários magistrados não a aplicassem²³⁶.

A nova redação dos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do CC, estabelece a obrigatoriedade da guarda compartilhada, *inclusive* para as situações em que não haja acordo entre os genitores, encontrando-se estes aptos a exercer o poder familiar, com exceção apenas de quando um dos genitores declarar perante ao magistrado que não tem interesse na guarda de seu filho (§2.º do Art. 1.584 do CC). Dessa forma, a partir de agora as situações de litígio deixam de ser fundamento para a não aplicação da guarda compartilhada²³⁷.

No tópico 2.2 desse capítulo iremos detalhar os tipos de guarda existentes atualmente na legislação brasileira, com o intuito de diferenciá-las e melhor compreender a aplicação de cada tipo; no entanto, no capítulo III iremos detalhar mais sobre a guarda compartilhada, por ser a modalidade escolhida para o nosso trabalho.

2.1. A ruptura dos laços familiares

A família pode ser considerada o primeiro espaço intersubjetivo da criança, pois é o ambiente onde busca os alicerces para construir a sua identidade pessoal, corporal, afetiva e intelectual. É também o ambiente onde ela vai adquirir os seus primeiros modelos de identificação como os seus modelos sociais e culturais²³⁸.

Dessa forma, as situações de divórcio dos pais podem gerar uma fragilização dos laços afetivos entre os genitores e se tornar fatores de vulnerabilidade para as dinâmicas do funcionamento das famílias e dos seus membros, ocasionando crises individuais ou no funcionamento familiar e, consequentemente, podem afetar a estabilidade afetiva da criança ou do adolescente²³⁹.

²³⁴ Cf. Murilo José DIGIACOMO, *Breves considerações sobre a nova “lei nacional de adoção”*, s/d, disponível para consulta em http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/adoacao/breves_consideracoes.doc (consultado em 11-06-2019).

²³⁵ O texto da Lei n.º 13.058/14 encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm (consultado em 11-06-2019).

²³⁶ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 197.

²³⁷ Cf. Conrado Paulino da ROSA, *Nova Lei da Guarda Compartilhada*, op. cit., p. 84.

²³⁸ Cf. Ana VASCONCELOS, “Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda partilhada com residência alternada”, *A tutela cível do superior interesse da criança – tomo 1*, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 498.

²³⁹ *Ibidem*.

Conforme já referimos, o respeito pela dignidade do filho passa pelo seu tratamento legal igualitário, bem como por sua valorização enquanto pessoa e, de modo especial, com personalidade em desenvolvimento. Dessa forma, mesmo havendo uma ruptura dos laços familiares entre os seus genitores, os laços afetivos (ou paterno-filial) não devem sofrer alterações²⁴⁰.

Entretanto, embora possam parecer implícitos ao exercício da parentalidade, os deveres de cuidado e afeto não são facilmente resolvidos dentro do núcleo familiar e acabam, muitas vezes, sendo discutidos em Juízo. Neste sentido, nos últimos anos, o judiciário vem se debruçando sobre a possibilidade de se reconhecer um direito ao afeto existente nas relações de filiação, *inclusive* analisando a possibilidade de responsabilização dos pais em caso de incumprimento²⁴¹.

Do ponto de vista psicológico, o fim das relações conjugais entre os pais não pode trazer danos aos filhos, sobretudo para os filhos menores, *inclusive* esse rompimento não pode representar uma violação da sua integridade biopsíquica. Neste ponto o Estado deve adotar todos os mecanismos (jurídicos e sociais) que auxiliem na perpetuação da convivência dos filhos com os pais²⁴².

Além do mais, é presumível o abalo que o filho pode sentir ao ver que seu pai não o trata como filho, mas como um ser qualquer ou como um mero destinatário de valores (no caso dos pais que são obrigados a pagar pensão alimentícia), em total indiferença à regra constitucional de isonomia entre os filhos²⁴³.

Aqui não se está falando em atribuir valor ao amor, mas de reconhecer que o afeto é algo que tem importância e que a sua ausência pode gerar inúmeros danos psicológicos aos filhos²⁴⁴. *Inclusive* a ausência de afeto pode obrigar os pais “faltosos” a pagarem uma indenização aos seus filhos pelo dano causado²⁴⁵.

É importante reconhecer que, para que a guarda não seja apenas um ato juridicamente legítimo, mas que ela tenha validade psíquica para a criança, o modelo a ser adotado após a dissolução conjugal deve ser sempre aquele que assegure o direito da criança seguir o seu desenvolvimento dentro das melhores condições possíveis. Por isso é fundamental que esta opção seja escolhida no respeito pelos aspectos subjetivos de todos os envolvidos, criança e genitores²⁴⁶.

Após a dissolução conjugal, Pontes de Miranda ensina que:

²⁴⁰ Cf. Silvana Maria CARBONERA, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, *op. cit.*, p. 122.

²⁴¹ Cf. Conrado Paulino da ROSA, *Nova lei da guarda compartilhada*, *op. cit.*, p. 30.

²⁴² Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, *op. cit.*, p. 198.

²⁴³ Cf. Rodrigo da Cunha PEREIRA, “Responsabilidade civil por abandono afetivo”, *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, vol. 14, n.º 29, 2012, p. 5.

²⁴⁴ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, *op. cit.*, pp. 381-382.

²⁴⁵ Enunciado n.º 37 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM): “O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado”, disponível para consulta em <http://www.ibdfam.org.br/conheca-o-ibdfam/enunciados-ibdfam> (consultado em 08-06-2019).

²⁴⁶ Cf. Ana VASCONCELOS, “Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda partilhada com residência alternada”, *op. cit.*, p. 504.

“Os filhos podem ficar uns com o pai, outros com a mãe, ou todos com o pai, ou todos com a mãe, ou um só com o pai, ou um só com a mãe, porque o interesse deles é que decide, e não são iguais os interesses dos filhos, posto ser este o único critério legal que permite ao juiz confiar a guarda a um dos genitores”²⁴⁷.

Além do mais, para o êxito do exercício da guarda, não convivendo mais o casal sob o mesmo teto, eles devem apresentar características de um bom guardião, de forma a valorizar a convivência familiar com o filho, independentemente de se o contato é frequente ou não. Podemos destacar três importantes características indispensáveis para o exercício da guarda: a primeira delas é o amor e os laços afetivos com a criança; a segunda é saber ouvir e aceitar a preferência dela sem influenciar a sua vontade ou escolhas; e encorajar a continuidade da relação da criança com genitor o não guardião²⁴⁸.

É preciso ainda ressaltar que a aplicação do Princípio da Igualdade no que diz respeito ao gênero, inserido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §5º, tem espaço no estabelecimento da guarda de filhos, pois o pai e a mãe encontram-se em condições de igualdade, sem que possa se estabelecer uma preferência entre ambos (cuja discussão apresentamos no capítulo I).

Infelizmente existem inúmeras histórias de degradação no momento de atribuir a guarda dos filhos. Isso é lamentável porque o amor que um dia existiu entre aquele casal é transformado em ódio e, o que é mais grave, esse ódio é usado para acabar uma relação conjugal, utilizando-se, muitas vezes, os filhos como moeda de troca ou objetos para negociação entre seus pais²⁴⁹.

É certo que algumas das regras materiais relacionadas com a guarda dos filhos exercida pelos pais estão previstas no Código Civil, entretanto é indispensável a busca de outros mecanismos jurídicos para solucionar os impasses decorrentes da ruptura das relações conjugais²⁵⁰, *inclusive* reconhecendo a qualidade de ser humano deles.

O ECA, por exemplo, é claro ao afirmar que a titularidade da guarda decorrente do poder familiar recai sobre ambos os pais, de forma que eles podem acordar entre si. Também existem casos em que é preciso a regularização judicial, a fim de buscar uma segurança e tranquilidade para os filhos, independentemente da modalidade adotada²⁵¹.

Nesse mesmo sentido, o Art. 17, n.º 4 da Convenção Americana dos Direitos Humanos estabelece que os Estados Partes devem adotar todas as medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento,

²⁴⁷ Cf. Pontes de MIRANDA, *Tratado de direito de família*, 3.ª ed., vol. 1, São Paulo, Max Limonad, 1947, p. 466, *apud* Silvana Maria CARBONERA, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, *op. cit.*, p. 122.

²⁴⁸ Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, *op. cit.*, p. 199.

²⁴⁹ Cf. Rodrigo da Cunha PEREIRA, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, *op. cit.*, p. 94.

²⁵⁰ Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, *op. cit.*, p. 198.

²⁵¹ *Idem*, p. 200.

durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

O Código de Processo Civil²⁵² estimula o diálogo entre os pais que litigam sobre a guarda dos filhos, como forma de encontrar uma solução consensual do litígio, *inclusive* o juiz poderá contar com o auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento para tentar mediar ou conciliar (Art. 694).

Nos casos de acordo de divórcio ou separação judicial, o juiz não homologará se ele for omissivo quanto à questão da guarda dos filhos menores. E se, após a homologação for constatado que a criança está sofrendo prejuízos, a decisão de homologação poderá ser revista, a fim de evitar desgastes emocionais para todos os familiares, sobretudo para os próprios filhos²⁵³.

Nos casos em que o casal tem mais de um filho e exista uma situação de litígio, a guarda de cada filho deve ser estabelecida, pelo juiz, tendo em conta os aspectos individuais de cada um deles e a decisão pode não ser idêntica para todos. É preciso, pois, respeitar as particularidades de cada relação paterno-filial²⁵⁴.

É importante ainda destacar que o Princípio do Superior Interesse da Criança deve ser considerado, *inclusive*, para o deferimento da guarda unilateral. Imaginemos que a criança sinta maior afinidade com um de seus pais (mesmo dentro de um relacionamento conjugal saudável e positivo entre eles), de forma que a criança poderá conviver com um dos seus genitores e manter um afeto positivo pelo outro genitor. Isso pode estar relacionado com várias circunstâncias: com temperamento, com sexo ou até mesmo com idade²⁵⁵. Entretanto, o fato da criança ficar sob a guarda unilateral, não exime o genitor não-guardião de supervisionar o direito dos filhos, conforme detalharemos no próximo tópico ao analisarmos as modalidades de guarda.

Independentemente da modalidade de guarda escolhida, é necessário analisar qual é a possibilidade mais vantajosa para a formação e desenvolvimento dos filhos, de forma a considerar os vários fatores daquele litígio e até mesmo os possíveis danos que as crianças podem sofrer com o deferimento daquele modelo de guarda escolhido. Sabendo sempre que o bem jurídico mais relevante é, exatamente, o interesse das crianças e dos adolescentes, além de que o exercício da guarda, em qualquer modalidade, é um dever inerente do poder familiar²⁵⁶.

²⁵² O texto do Código de Processo Civil encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm (consultado em 08-06-2019).

²⁵³ Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, op. cit., pp.200-201.

²⁵⁴ Cf. Silvana Maria CARBONERA, *Guarda de filhos família constitucionalizada*, op. cit., p. 122.

²⁵⁵ Cf. Ana VASCONCELOS, "Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda partilhada com residência alternada", op. cit., p. 507.

²⁵⁶ Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, op. cit., p. 54.

2.2. Modalidades de guarda

Pelos autores pesquisados para a elaboração desse trabalho, percebemos que existem várias modalidades de guarda, dentre as quais destacamos: a guarda unilateral, compartilhada, alternada e atribuída a terceiros, por serem as mais frequentes nas obras. Nosso direcionamento maior será para a guarda compartilhada, entretanto não deixaremos de abordar as demais modalidades supracitadas.

O Código Civil de 2002, reconhecendo a importância da necessidade de ter institutos jurídicos que protegessem os filhos após a dissolução das relações conjugais, apresentou um capítulo específico para a proteção da pessoa dos filhos, o qual é composto de oito Artigos (do 1.583 ao 1.590).

É fato que a avaliação do que é melhor para a criança é extremamente complexa do ponto de vista de quem não integra aquele núcleo familiar, de forma que os magistrados, promotores, advogados ou conciliadores não conhecem profundamente a personalidade, os hábitos e os sentimentos dos filhos, em tese, presumindo-se que os pais sabem escolher o melhor caminho para os filhos²⁵⁷.

Conforme analisamos no tópico acima, diante dos conflitos entre os pais, os filhos, sobretudo os de menoridade, devem ser preservados dos litígios familiares, evitando mudanças bruscas de seu modo de vida, pois isso pode acarretar diversos problemas, como por exemplo: angústia, medo e insegurança²⁵⁸.

Conrado Paulino da Rosa esclarece que:

“Na busca pela felicidade, de maneira cada vez mais frequente, a ruptura do relacionamento conjugal tem sido a escolha em menor prazo do que experimentávamos em décadas passadas. A chegada dos filhos, e a necessária conjugação de papéis conjugais e parentais, é invariavelmente um dos mais frequentes motivos de ruptura relacional”²⁵⁹.

Em outras palavras, a desunião e a consequente ruptura da família já se tornou “rotina” nas sociedades de todo o mundo, de forma que a doutrina e a jurisprudência (tendo em vista que a legislação pode demandar tempo) tem se adequando para garantir diversas maneiras de minimizar o sofrimento e o sentimento de perda que os filhos podem ter com o possível afastamento de um dos cônjuges²⁶⁰.

²⁵⁷ Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, op. cit., p. 200.

²⁵⁸ *Idem*, p. 202.

²⁵⁹ Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, op. cit., p. 43.

²⁶⁰ Cf. Ana Carolina Silveira AKEL, *Guarda compartilhada: um avanço para a família*, 2.ª ed., São Paulo, Atlas, 2010, p. 91.

Um fator da esfera processual, mas que é demasiadamente importante referirmos, diz respeito ao Juízo ou Tribunal competente para julgar processos que envolva questões de guarda, tendo em vista que o cônjuge guardião tem o direito de transferir o seu domicílio (por uma questão de mudança de emprego, por exemplo) e, possivelmente, a criança o acompanhará, de forma que isso poderá gerar um “afastamento” do cônjuge não guardião, sendo necessária a adequação do direito de visitas, ou até mesmo de alteração na titularidade da guarda²⁶¹.

Ocorrendo isso, surge um questionamento com relação ao Juízo ou Tribunal competente para julgar as ações relacionadas com as crianças e adolescentes, de forma que o STJ, em consonância com o Art. 147 do ECA, consolidou a Súmula 383 estabelecendo que “[a] competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda”²⁶².

O próprio STJ já apreciou vários processos dessa natureza e, por óbvio, aplicou a referida súmula, reconhecendo que é competente o Juízo ou Tribunal do local onde a criança tenha domicílio, em consonância com a legislação processual civil²⁶³.

Sabendo-se qual é o Juízo ou Tribunal competente para julgar os feitos que envolvam os processos de guarda, cabe-nos tecer alguns comentários sobre as modalidades de guardas que poderão ser aplicadas.

²⁶¹ Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, op. cit., p. 201.

²⁶² A súmula 383 do STJ encontra-se disponível para consulta em <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27383%27> (consultado em 11-06-2019).

²⁶³ Apresentamos dois julgados para confirmar que em 2009 já era esse o posicionamento do STJ e que atualmente (2019) ainda o é: “EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÕES CONEXAS DE GUARDA E DE BUSCA E APREENSÃO DE FILHOS MENORES. GUARDA EXERCIDA PELA MÃE. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. ART. 147, I, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

I. A competência estabelecida no art. 147, I, do ECA, tem natureza absoluta.

II. As ações que discutem a guarda de menores devem ser processadas e julgadas no foro do domicílio de quem regularmente a exerce.

III. Precedentes do STJ.

IV Agravo regimental improvido. (STJ – AgRG no Conflito de Competência n.º 94.250-MG – 2008/00049527-8, Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior, 2ª seção, Julgamento: 11/06/2008)” disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3975093&num_registro=200800495278&data=20080822&tipo=5&formato=PDF (consultado em 11-06-2019); o outro julgado: “EMENTA: AGRAVO INTERNO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL C/C GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ALTERAÇÃO DE DOMICÍLIO DA CRIANÇA E DAQUELES QUE DETÊM SUA GUARDA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONESX JUIZ IMEDIATO. PREVALÊNCIA DESTES ÚLTIMO NA HIPÓTESE CONCRETA.

1. Conforme estabelece o art. 87 do CPC, a competência determina-se no momento da propositura da ação e, em se tratando de hipótese de competência relativa, não é possível de ser modificada *ex officio*. Esse mencionado preceito de lei institui, com a finalidade de proteger a parte, a regra da estabilização da competência (*perpetuatio jurisdictionis*).

2. O princípio do juiz imediato vem estabelecido no art. 147, I e II, do ECA, segundo o qual o foro competente para apreciar e julgar as medidas, ações e procedimentos que tutelam interesses, direitos e garantias positivados no ECA, é determinado pelo lugar onde a criança ou o adolescente exerce, com regularidade, seu direito à convivência familiar e comunitária.

3. Embora seja compreendido como regra de competência territorial, o art. 147, I e II, do ECA apresenta natureza de competência absoluta, nomeadamente porque expressa norma cogente que, em certa medida, não admite prorrogação.

4. A jurisprudência do STJ, ao ser chamada a graduar a aplicação subsidiária do art. 87 do CPC frente à incidência do art. 147, I e II, do ECA, manifestou-se no sentido de que deve prevalecer a regra especial em face da geral, sempre guardadas as peculiaridades de cada processo.

5. Agravo Interno não provido. (AgInt nos EDcl no CC 160.102/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Segunda Seção, julgado em 14/05/2019, DJe 16/05/2019)” disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801976550&dt_publicacao=16/05/2019 (consultado em 11-06-2019).

2.2.1. Guarda unilateral

Conforme previsão do Art. 1.583, §1º do CC, a guarda unilateral (ou guarda única²⁶⁴, ou ainda exclusiva²⁶⁵) é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Com relação aos pais, a guarda unilateral pode ser atribuída tanto ao pai como a mãe, pois atualmente eles concorrem em grau de igualdade; com relação guarda atribuída a terceiros, estudaremos no tópico 2.3.2 deste capítulo.

Para Milagros García Pastor:

“Es la fórmula más obvia, teniendo en cuenta que se trata de decidir com quién va a vivir el menor cuando sus padres no viven juntos. Es por lo tanto la fórmula que antes surgió históricamente. Es además la modalidad más generalizada, la que habitualmente se pide por las partes, se establece por el juez o en convenio y sobre la que se disputa cuando disputa sobre la guarda hay”²⁶⁶.

Essa modalidade de guarda foi um modelo exclusivo por vários anos no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente era a figura paterna que ficava com a guarda dos filhos menores, fruto de pensamentos vinculados à família romana²⁶⁷; entretanto, depois de muitas lutas, as mulheres passaram a ficar com a guarda dos filhos, salvo risco de gerar prejuízo de ordem moral para eles²⁶⁸.

Percebeu-se que esse modelo exclusivo do direito de guarda, baseado no pátrio poder, não levava em consideração os interesses dos filhos e se reservava ao que era melhor para os genitores. No entanto, essa realidade vem mudando cada vez mais, sempre tendo em vista a melhor formação e o melhor desenvolvimento das crianças e dos adolescentes²⁶⁹.

Por vários anos se reconheceu que esse modelo de guarda era o modelo correto, mesmo sabendo que a criança era colocada sob a guarda de um dos pais, o qual exercia o poder continuamente; enquanto o outro, adstrito apenas ao direito de visitas, mantinha relações e contatos restritos, descontínuos e esporádicos com o filho, o que propiciava o afastamento entre eles²⁷⁰.

A legislação avançou e passou a reconhecer outros modelos de guarda, deixando de lado a “exclusividade” da guarda única, que muitas vezes afastava o genitor não guardião. Tanto é que, com o

²⁶⁴ Cf. Ana Maria Milano SILVA, *A lei sobre guarda compartilhada*, op. cit., p. 46.

²⁶⁵ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2456.

²⁶⁶ Cf. Milagros García PASTOR, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos persolanes*, op. cit., p. 148.

²⁶⁷ Cf. Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus MALUF, *Novas modalidades de família na pós modernidade*, op. cit., p. 20.

²⁶⁸ Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, op. cit., p. 71.

²⁶⁹ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 75.

²⁷⁰ Cf. Ana Carolina Silveira AKEL, *Guarda compartilhada: um avanço para a família*, op. cit., p. 91.

advento do Código Civil de 2002, não mais existe a prevalência da vontade de um dos genitores e que, havendo divergência entre eles, o litígio será resolvido em Juízo²⁷¹.

A doutrina apresenta que um dos fatores para a utilização da guarda unilateral é o fato de os genitores, normalmente, não conseguirem chegar a um acordo para continuar a convivência harmoniosa com os filhos e de alguns terem receio ou até desconhecem a aplicabilidade da guarda compartilhada²⁷².

A ruptura conjugal vem sendo vista como uma coisa natural, na busca da felicidade frente às frustrações da vida a dois, se considerarmos que na década de 70 não se tinha tantos processos de divórcio. O problema é que, com o fim desses relacionamentos, não se trata apenas de dividir o patrimônio conquistado durante a convivência, mas, nos casos em que existem filhos, os pais devem ter a consciência da responsabilidade de dividir a gestão da vida, o tempo de convivência e o pagamento das despesas que são necessárias à subsistência deles²⁷³.

As estatísticas do Registro Civil do ano de 2017, realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostram que a guarda única é aplicada em mais de 70% das guardas deferidas na ocasião do divórcio, pela 1.^a instância, e, majoritariamente, essa guarda é deferida em favor da figura materna²⁷⁴.

É necessário ter cuidado com esses dados, porque, no tocante à atribuição de guarda, pode ser que o perigo maior continue residindo nos preconceitos decorrentes do gênero, que se revelam sempre negativos em relação aos homens e favoráveis às mulheres, pois se tem uma referência ao papel tradicional da mãe “naturalmente boa”²⁷⁵.

A questão da guarda é tão minuciosa que a própria jurisprudência não encontra uma fórmula de sistematização, tendo em vista as peculiaridades e a complexidade de cada caso, todavia a legislação brasileira já deu largos passos ao reconhecer a igualdade dos pais para o exercício da guarda, mesmo que os números das estatísticas do IBGE não apresentem isso na prática²⁷⁶.

A guarda unilateral não pode ser confundida como “posse do filho”, até porque não estamos falando de objeto, muito menos em uma “perda da guarda”, pois isso transmite um conteúdo

²⁷¹ Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, op. cit., p. 50.

²⁷² Cf. Camila Fernanda Pinsinato COLUCCI, *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*, dissertação de mestrado, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014, p. 125.

²⁷³ Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, op. cit., p. 19.

²⁷⁴ IBGE, *Estatística do Registro Civil 2017*, vol. 44, Rio de Janeiro, 2017, disponível para consulta em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf (consultado em 11-06-2019).

²⁷⁵ Cf. Eduardo de Oliveira LEITE, *Família monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, op. cit., p. 189.

²⁷⁶ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 77.

exclusivamente punitivo que atinge diretamente os filhos menores e, também, o cônjuge não guardião²⁷⁷.

Com a alteração promovida pela Lei n.º 13.054/14, o fato de um cônjuge não ser o guardião não o isenta de suas obrigações e do exercício do poder familiar, pois, conforme §5.º, do Art. 1.583 do CC:

“[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”.

Este parágrafo estabeleceu um dever genérico de cuidado material, atenção e afeto por parte do genitor não detentor da guarda, de forma que ele pacificou inúmeras dúvidas em relação aos limites do controle do genitor não guardião²⁷⁸, especialmente porque os guardiões poderiam impor limites aos não-guardiões e afastá-los do exercício do poder familiar e do dever de guarda. A partir de então, foi concedido a ambos o direito de colher informações acerca de estudos, saúde, alimentação, lazer, *inclusive* o não guardião pode questionar judicialmente o modo como guardião vem exercendo a guarda do filho²⁷⁹.

Essa mesma Lei acrescentou o §6.º ao Art. 1.583 do CC, o qual passou a prever a obrigação das escolas, postos de saúde, hospitais ou quaisquer locais onde a criança habitualmente exerça alguma atividade, de comunicar ao não guardião sobre: notas, boletins escolares, doenças, atividades esportivas, reuniões, de forma que ele possa participar da vida do filho.

Por fim, devemos citar ainda que durante o período de vigência da Lei n.º 11.698/08, o Art. 1.583 do CC estabelecia que a guarda unilateral deveria ser atribuída ao genitor que revelasse melhores condições para exercê-la, e objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos: afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; saúde e segurança; e, por último, educação. Entretanto, esse parágrafo foi revogado pela Lei n.º 13.054/14.

Neste sentido, é indispensável termos em mente, como premissa básica que a guarda dos filhos menores não se resume à guarda unilateral²⁸⁰, de forma que o juiz deve levar em conta vários

²⁷⁷ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., pp. 2447-2448.

²⁷⁸ Cf. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*, op. cit., p. 368.

²⁷⁹ Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, op. cit., p. 203.

²⁸⁰ Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, op. cit., p. 199.

fatores relevantes como a dignidade da pessoa humana e, mais importante, o Princípio do Superior Interesse da Criança²⁸¹.

2.2.2. Guarda alternada

Nesta modalidade de guarda a criança, durante um determinado período, estará sob a guarda de um dos pais, enquanto que o outro tem o direito de visitas garantido. Terminado esse prazo, os papéis invertem, ou seja, o cônjuge que era guardião se torna o “visitador” e *vice versa*²⁸², de forma que quando um genitor estiver com a guarda do filho, ele estará exercendo de forma exclusiva, também, a totalidade dos direitos e deveres do exercício do poder familiar²⁸³.

Neste sentido, pode-se perceber que esse modelo de guarda impede a continuidade do lar, a qual deve ser respeitada depois da dissolução do relacionamento conjugal dos pais, como forma de preservar o Superior Interesse da Criança, pois, na prática a criança terá duas casas e dois núcleos familiares simultaneamente²⁸⁴, ao tempo em que ela não terá um espaço físico que “possa chamar de seu”²⁸⁵.

Visivelmente percebe-se que esse modelo é inconveniente para a consolidação dos hábitos, dos valores e do padrão de vida, além de ser prejudicial à formação da personalidade das crianças, pois elas manterão um elevado número de mudanças e de repetidas reaproximações entre dois núcleos familiares²⁸⁶.

Essa modalidade estabelece uma divisão pela metade da guarda, de forma que os genitores são obrigados a dividirem em partes iguais o tempo passado com os filhos e, ao fim do período de cada um, independente de manifestação judicial, a criança faz o caminho de volta e invertem-se os papéis automaticamente²⁸⁷, ou seja, ela quebra, *inclusive*, uma rotina de hábitos educativos da criança²⁸⁸.

Há um questionamento muito recorrente na aplicação dessa modalidade de guarda que diz respeito a qual dos genitores é o responsável pelo menor? Essa instabilidade pode acarretar danos,

²⁸¹ Cf. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro*, op. cit., p. 368.

²⁸² Cf. Ana Carolina Silveira AKEL, *Guarda compartilhada: um avanço para a família*, op. cit., p. 94.

²⁸³ Cf. Conrado Paulino da ROSA, *Nova lei da guarda compartilhada*, op. cit., p. 59.

²⁸⁴ Cf. Silvana Maria CARBONERA, *Guarda de filho na família constitucionalizada*, op. cit., p. 151.

²⁸⁵ Cf. Cristine SANTINI, “O cuidado na preservação dos interesses de menores – guarda, alienação parental e mediação”, in Tânia da Silva PEREIRA; Guilherme de OLIVEIRA; Antônio Carlos Mathias COLTRO (coord.), *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal -2016/2017*, São Paulo, Atlas, 2017, p. 145.

²⁸⁶ Cf. Ana Maria Milano SILVA, *A lei sobre guarda compartilhada*, op. cit., p. 57.

²⁸⁷ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p.130.

²⁸⁸ Cf. Ana Carolina Silveira AKEL, *Guarda compartilhada: um avanço para a família*, op. cit., p. 94

inclusive, ao patrimônio das crianças, além delas terem que mudar constantemente sua posição em relação a terceiros²⁸⁹.

A alternatividade é estabelecida a critérios dos genitores, o que pode gerar vários desentendimentos, e pode acarretar instabilidade psíquica e emocional nas crianças, pois não estamos diante do caso em que elas vão passar apenas as férias escolares com um dos seus genitores, mas sim de constantes mudanças na rotina delas²⁹⁰.

As vantagens oferecidas por esse tipo de guarda relacionam-se exclusivamente com a possibilidade de os filhos manterem relações estreitas com os dois genitores e não se preocuparem com a dissolução do relacionamento conjugal dos seus genitores, o que, por si só, não justifica a adoção desse tipo de guarda²⁹¹.

Para Milagros Garcia Pastor, a aplicação da guarda alternada é plausível porque *“la presencia del niño en los dos núcleos familiares hace imposible su instrumentalización y la denigración del progenitor ausente”*, além de que isso permite que os filhos continuem *“disfrutando del clima pedagógico paterno y materno, y continuar identificándose com lo que de positivo tiene cada uno de los progenitores”*²⁹².

O ordenamento jurídico brasileiro não reconhece legalmente a possibilidade de aplicação da guarda alternada, nomeadamente porque existe uma enorme resistência à aplicação dessa modalidade, principalmente pelos profissionais da área psicossocial, os quais alegam que a criança precisa ter um lar de referência²⁹³. O ordenamento jurídico Francês proibiu a sua aplicação desde 1984, por decisão do Tribunal de Cassação²⁹⁴.

Encontramos vários julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e percebemos que existem decisões em que foi permitida a aplicação da guarda alternada²⁹⁵ assim como há decisões que

²⁸⁹ Cf. Eduardo de Oliveira LEITE, *Família monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, op. cit., p. 190.

²⁹⁰ Cf. Ana Maria Milano SILVA, *A lei sobre guarda compartilhada*, op. cit., p. 57.

²⁹¹ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 131.

²⁹² Cf. Milagros García PASTOR, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: aspectos persolanes*, op. cit., p. 152.

²⁹³ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2470.

²⁹⁴ Cf. Ana Maria Milano SILVA, *A lei sobre guarda compartilhada*, op. cit., p. 57.

²⁹⁵ “EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ALTERAÇÃO DE CLAUSULA DE VISITA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. GUARDA ALTERNADA. Embora a doutrina e a jurisprudência tenham alguma resistência em deferir pedido de guarda alternada, alegando que o modelo acarreta instabilidade ao equilíbrio psicológico da criança, no caso, essa modalidade de guarda é que vem atendendo ao melhor interesse do menor, como insiste a embargante, estando adaptado e tranquilo nesta rotina. Mantida a sentença. (Embargos de Declaração N.º 70077311645, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 25/04/2018)”, disponível para consulta em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70077311645%26num_processo%3D70077311645%26codEmenta%3D7721780+%22guarda+alternada%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70077311645&comarca=Comarca%20de%20Santo%20C%382ngelo&dtJulg=25/04/2018&relator=Liselena%20Schifino%20Robles%20Ribeiro&aba=juris (consultado em 12-06-2019).

não concedem a guarda alternada²⁹⁶, entretanto, ambas reconhecem que a modalidade escolhida diz respeito àquele caso específico e que respeita o Princípio do Superior Interesse da Criança.

É necessário entender que a guarda alternada não pode ser confundida com a guarda compartilhada, pois na guarda compartilhada o exercício dos pais é conjunto o tempo todo e em grau de igualdade; enquanto que na alternada isso não acontece, pois a criança fica temporariamente sob a guarda exclusiva de um e depois do outro.

Waldyr Grisard Filho explica que:

“Existem vários tipos de arranjos de guarda alternada para garantir um tempo igual de convivência dos pais com os filhos. Um, comum e viável, é a criança se alternar entre as casas dos pais, por dias, semanas, meses e anos alternadamente. Outro, inadequado à maioria das famílias, é o em que os filhos permanecem na mesma casa e seus pais também ali moram por períodos iguais. Nesse sistema, são os pais que alternam seus domicílios”²⁹⁷.

Dessa forma, ou as crianças vivem em constantes alterações de domicílio (e, conseqüentemente, de guarda) ou, para evitar que as crianças fiquem indo de uma casa para outra (da casa do pai para a casa da mãe), ela permanece no mesmo domicílio em que vivia o casal, enquanto casados, e os pais se revezam na companhia desta. Isso se torna pouco comum, sobretudo porque os envolvidos devem ser ricos ou financeiramente fortes, pois precisarão manter, além das suas residências, aquela em que os filhos moram²⁹⁸.

Por fim, uma outra objeção para a aplicação da guarda alternada leva em conta dois momentos distintos da vida, pois quando as crianças são bem pequenas, elas terão a necessidade de constante adaptação aos dois modos de vida diferentes (ora com o pai, ora com a mãe) e isso pode causar confusão e falta de referenciais ao filho. O outro momento é quando essas crianças já estão maiores²⁹⁹ e têm mais discernimento, pois elas poderiam utilizar essa modalidade de guarda para ficar

²⁹⁶ “EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO. GUARDA. PEDIDO DE PREVALÊNCIA DA GUARDA ALTERNADA. DESCABIMENTO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. As alterações de guarda devem ser evitadas tanto quanto possível, pois implicam mudanças na rotina de vida e nos referenciais dos menores que podem acarretar transtornos de toda ordem. Caso concreto em que não se verifica razões plausíveis para que seja retomada a guarda alternada, tendo em vista que se trata de menor contando 08 (oito) anos de idade, não lhe convindo sucessivas modificações de rotina, sem referência do que seja seu espaço, sua casa. Modelo de guarda em que a constante alteração não permite ao menor continuidade no cotidiano para consolidar hábitos, valores padrões e formação da personalidade, sendo-lhe de todo prejudicial Decisão agravada que, ao designar a guarda provisória unilateralmente à genitora, estabeleceu regime de visitas suficientemente amplo e, portanto, apto a garantir o direito de convívio entre pai e filho. AGRADO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento N.º 70077944403, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 26/09/2018)”, disponível para consulta em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70077944403%26num_processo%3D70077944403%26codEmenta%3D7937379+%22guarda+alternada%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70077944403&comarca=Comarca%20de%20Canoas&dtJulg=26/09/2018&relator=Sandra%20Brisolara%20Medeiros&aba=iuris (consultado em 12-06-2019).

²⁹⁷ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 131.

²⁹⁸ Cf. Pablo Stolze GAGLIANO; Rodolfo PAMPLONA FILHO, *Manual de direito civil*, op. cit., p. 1280.

²⁹⁹ Não se trata aqui da criança atingir a maioridade civil, ou seja, os 18 anos.

trocando de casa, diante de qualquer contrariedade que tivessem com o genitor guardião naquele momento, não aprendendo, desta forma, a tolerar frustrações³⁰⁰.

2.2.3. Guarda atribuída a terceiros

Já referimos que a guarda, via de regra, é um atributo do poder familiar e deve ser exercida, preferencialmente pelos pais. Entretanto já referimos também que essa guarda tem que respeitar o Princípio do Superior Interesse da Criança, de forma que havendo algum risco de dano (físico ou psicológico) das crianças serem guardadas por seus pais (unilateralmente ou conjuntamente), a guarda poderá ser atribuída a um terceiro³⁰¹.

Esta modalidade de guarda está prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde o Código Civil de 1916, o qual dispunha que havendo motivo grave o magistrado, ao regular a situação dos filhos menores para com os pais, poderia não atribuir a guarda aos pais e optar por atribuí-la a terceira pessoa (Art. 327).

A Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77) ao tratar da proteção da pessoa dos filhos estabeleceu no Art. 10, §2.º, que, quando fosse verificado que os filhos não deviam permanecer em poder da mãe ou do pai, o juiz deferiria a guarda a uma pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

Com o advento do Código Civil de 2002, esse posicionamento foi aprimorado. A partir de então o juiz, ao verificar que os filhos menores não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, dando preferência ao grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, conforme atualmente é previsto no §5.º do Art. 1.584 do CC³⁰².

Entretanto, é oportuno citar que mesmo quando a guarda de crianças for atribuída a terceiros, salvo expressa e fundamentada decisão em contrário, persiste a obrigação de ambos os genitores de supervisionarem os interesses dos filhos enquanto menores (Art. 1.583, §5.º do CC); também eles não ficam impedidos do exercício do direito de convivência e nem se extingue a obrigação alimentar (Art. 33, §4.º do ECA)³⁰³.

³⁰⁰ Cf. Silvana Maria CARBONERA, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, op. cit., p. 152.

³⁰¹ Cf. Conrado Paulino da ROSA, *Nova lei da guarda compartilhada*, op. cit., p. 61.

³⁰² Esse dispositivo, com a mesma redação, está presente no Código Civil de 2002 desde a sua redação original. Inicialmente integrava o parágrafo único do Art. 1.584. Depois, com o advento da Lei n.º 11.698/08, permaneceu no Art. 1.584, entretanto no § 5.º e permanece atualmente mesmo com a alteração promovida pela Lei n.º 13.058/14, conforme detalharemos no tópico 3, do capítulo III.

³⁰³ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2470.

Waldyr Grisard Filho explica que a opção pela modalidade de guarda atribuída a terceiros:

“[n]ão se trata de eleger o genitor ideal, em forma abstrata, senão de optar entre o pai e a mãe, cujas virtudes e falências haverão de avaliar-se, e somente em situações extremas recorrer-se-á à entrega da guarda a estranho, parente ou não, que revele compatibilidade com a natureza da medida”³⁰⁴.

As responsabilidades do guardião, nesta modalidade, não diferem das atribuições dadas ao “guardião pai” ou à “guardiã mãe”, pois o objetivo da guarda é proteger e prover todas as necessidades de desenvolvimento de outra pessoa que dele depende, já que foi colocada sob sua responsabilidade por decisão judicial³⁰⁵.

Essas responsabilidades estão relacionadas com a mais ampla assistência, que vai desde a formação moral, à educação, à diversão, à saúde, e à tomada de qualquer diligência que se apresente necessária a garantir o pleno desenvolvimento de suas potencialidades humanas³⁰⁶.

Para a atribuição dessa modalidade de guarda, a família extensa ou ampliada³⁰⁷ tem preferência para assumir a responsabilidade. Entretanto, devemos ressaltar a excepcionalidade da aplicação da guarda a terceiros e, assim como nas outras modalidades, ela só será deferida conforme análise do caso concreto³⁰⁸.

Dentre os parentes preferidos para ficarem com a guarda (atribuída a terceiros) das crianças, se destacam os avós. Entretanto na discussão entre avós paternos ou maternos não há ordem preferencial, porque inexistente previsão legal e também porque impera o Princípio da Igualdade entre eles.

³⁰⁴ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 93.

³⁰⁵ Cf. Silvana Maria CARBONERA, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, op. cit., p. 51.

³⁰⁶ Cf. Conrado Paulino da ROSA, *Nova lei da guarda compartilhada*, op. cit., p. 61.

³⁰⁷ De acordo com o Art. 25, parágrafo único, do ECA: “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade”.

³⁰⁸ “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. DISPUTA ENTRE IRMÃO E GENITORA. GUARDA PROVISÓRIA. MELHOR INTERESSE E BEM-ESTAR DO ADOLESCENTE.

1. Preliminar de não conhecimento, seja por alegada derrogação da decisão que deferiu a guarda provisória da adolescente ao irmão/agravada, seja por intempestividade do recurso, rejeitada.

2. Por força do disposto nos arts. 1.631 e 1.634, II, do CC, compete aos pais o exercício do poder familiar, aí compreendida a guarda unilateral ou compartilhada dos filhos. Excepcionalmente, a guarda poderá ser deferida a terceiros, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares, como prevê o art. 33, §§ 2º e 4º, do ECA. É a hipótese dos autos, em que a própria adolescente (de 16 anos de idade) manifesta expresso desejo em ficar com o irmão/agravado, tendo em vista o histórico da genitora (usuária de drogas, com internação compulsória para tratamento). Embora a recorrente alegue que já superou os problemas do passado, não fazendo mais uso de entorpecentes, há de prevalecer o interesse e o bem-estar da menina. Decisão agravada, que concedeu a guarda provisória da adolescente ao irmão/agravado, mantida. CONHECERAM DO RECURSO, MAS LHE NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento N.º 70079729018, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 21/03/2019)” disponível para consulta em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnomecomarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70079729018%26num_processo%3D70079729018%26codEmenta%3D8153552+guarda+excepcionalmente+a+terceiros++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70079729018&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=21/03/2019&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris (consultado em 13-06-2019).

Ainda, neste sentido, é importante frisar que a atribuição da guarda de filhos a pessoa diversa do pai ou da mãe privilegia os elos de parentesco, sem que se descarte a pessoa de um terceiro sem vínculo consanguíneo, priorizando-se ao lado da consanguinidade os laços afetivos e de afinidade, a serem levados em conta no deferimento da guarda a pessoa com ou sem vínculo de parentesco com o menor³⁰⁹.

O Art. 30 do ECA estabelece que, não existindo parentes das crianças ou estranhos que possam aceitar o encargo da guarda, elas poderão ser encaminhadas, mediante decisão judicial, a uma instituição governamental ou não, como solução última à sua guarda.

2.2.4. Guarda compartilhada

Conforme atual redação do Art. 1.583, §1.º, do CC, compreende-se por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não convivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. Ou seja,

“significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos”³¹⁰.

Ressalte-se que a guarda compartilhada não implica, necessariamente, na alternância física dos filhos com os genitores, pois o que prevalece é o exercício conjunto das responsabilidades entre os eles e, em segundo plano, fica a questão de atribuir qual será a residência dos filhos: se é a do pai ou a da mãe ou ainda a possibilidade deles terem duas residências³¹¹.

Essa modalidade tem por base o direito que toda criança tem de ter uma convivência familiar plena (conforme previsão do Art. 227 da Constituição Federal de 1988) e está relacionada diretamente com o exercício do poder familiar cuja titularidade pertence a ambos os genitores (Art. 22 do ECA). Nesse tipo de guarda, além da garantia da convivência efetiva entre os envolvidos, tem-se a corresponsabilidade parental, a permanência da vinculação mais estrita e a ampla participação de ambos os genitores na formação e educação do filho, não tendo mais espaço a simples visita³¹².

³⁰⁹ Cf. Regina Beatriz TAVARES (coord.), *Código civil comentado*, 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 817.

³¹⁰ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 97.

³¹¹ Cf. Ricardo Bastos MACHADO, *Aspectos da nova guarda compartilhada: (Lei n.º 13.058, de 22.12.2014)*, op. cit., p. 32.

³¹² Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2463.

Com o advento da Lei n.º 13.058/14, que alterou dispositivos do CC, a guarda compartilhada passou a ser referida como obrigatória para os casos que os pais estejam aptos a exercer o poder familiar, mesmo que não exista acordo entre eles. A exceção será quando um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do(s) filho(s), conforme §2.º do Art. 1.584 do CC.

É importante frisar uma diferenciação feita pela doutrina no tocante à guarda jurídica compartilhada e a guarda material compartilhada. A guarda jurídica compartilhada corresponde ao compartilhamento de todas as decisões importantes relativas à vida dos filhos; enquanto que a guarda material compartilhada implica a flexibilização do tempo que os filhos passarão com cada um dos pais, ou seja, a guarda física³¹³.

Nesse sentido, o pressuposto maior desse modelo de guarda é a necessidade de permanência dos laços afetivos entre os pais e os filhos, minimizando possíveis danos sofridos pelos filhos³¹⁴. Esses laços existentes durante o relacionamento conjugal dos pais não devem desaparecer quando esse relacionamento termina. Além do mais, supostos desentendimentos, que podem ocorrer entre os pais, não podem atingir o relacionamento destes com os filhos³¹⁵.

É indispensável conferir aos pais o exercício da guarda de forma igualitária, sem esquecer a prioridade de consagrar o direito das crianças e de seu superior interesse³¹⁶. É neste mesmo sentido o posicionamento da jurisprudência brasileira³¹⁷.

Esta modalidade de guarda será melhor analisada no capítulo III. Entretanto, como estamos tratando das modalidades de guardas existentes, não poderíamos deixar de elencá-la nesse tópico, sabendo-se, portanto, que retornaremos a referi-la em seguida.

³¹³ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 97; Ana Maria Milano SILVA, *A lei sobre guarda compartilhada*, op. cit., p. 72.

³¹⁴ Cf. Conrado Paulino da ROSA, *Nova lei da guarda compartilhada*, op. cit., p. 74.

³¹⁵ Cf. Ana Carolina Silveira AKEL, *Guarda compartilhada: um avanço para a família*, op. cit., p. 104.

³¹⁶ Cf. Maria Berenice DIAS, *Manual de direito das famílias*, op. cit., p. 2463.

³¹⁷ "EMENTA: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. MELHOR INTERESSE DA MENOR. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior de Justiça entende que a guarda compartilhada deve ser instituída independentemente da vontade dos genitores ou de acordo; contudo, o instituto não deve prevalecer quando sua adoção seja passível de gerar efeitos ainda mais negativos ao já instalado conflito, potencializando-o e colocando em risco o interesse da criança.

2. O Tribunal de origem, analisando atentamente o contexto fático-probatório dos autos e considerando o interesse da menor, concluiu pela inviabilidade da guarda compartilhada. Assim, a pretensão recursal demandaria o reexame do acervo fático-probatório, o que é inviável em sede de recurso especial, conforme dispõe a Súmula 7/STJ.

3. Impossível conhecer da alegada divergência interpretativa, pois a incidência da Súmula 7 do STJ na questão controversa apresentada é, por consequência, óbice também para a análise do apontado dissídio, o que impede o conhecimento do recurso pela alínea c do permissivo constitucional.

4. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1355506/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/2019, REPDJe 26/02/2019, DJe 25/02/2019) disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=90787648&num_registro=201802224232&data=2019026&tipo=5&formato=PDF (consultado em 13-03-2019).

3. O exercício das responsabilidades parentais no direito português

No século XIX, as famílias europeias ficaram marcadas pela adoção do modelo de “família nuclear”, que era voltado para o desenvolvimento de um único componente: o marido³¹⁸. Assim como no Brasil³¹⁹, isso se deu como reflexo do modelo da família romana, onde existia uma grande disparidade entre o homem (pai) e os demais membros da família, nomeadamente com relação às crianças, as quais eram tidas como objetos de posse do *pater familias*³²⁰.

É nesse contexto que o Código de Seabra, de 1867, estabeleceu que a figura paterna teria a responsabilidade de reger os filhos menores, protegendo-os e administrando os bens deles, de forma que

“as mães participavam do poder paternal e deviam ser ouvidas em tudo o que dizia respeito aos interesses dos filhos, mas era ao pai que especialmente competia, durante o matrimônio, como chefe da família, dirigir, representar e defender seus filhos menores, tanto em juízo, como fora dele. Só no caso de ausência ou de outro impedimento do pai é que a mãe faria as suas vezes”³²¹.

Com o advento do Código Civil de 1966, o poder paternal permaneceu com a mesma orientação, de forma que a situação da mãe e dos filhos pouco evoluiu de 1867 para 1966, no tocante ao conteúdo do poder paternal. *Inclusive*, notam-se muitas semelhanças de tratamento nas duas legislações citadas³²².

A partir da década de 70 do século XX, a concepção de família passou por alterações, deixando de lado a desigualdade existente entre seus membros e fortalecendo a ideia de família democrática, com um espaço mais aberto e com o reconhecimento da igualdade de gênero entre homens e mulheres³²³. Essa mudança é percebida com a promulgação da Constituição de 1976³²⁴ e, no ano seguinte, com a reforma do Código Civil³²⁵.

³¹⁸ Cf. Guilherme de OLIVEIRA, “Transformações do direito da família”, in *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, página 763.

³¹⁹ Conforme já referimos no trabalho.

³²⁰ Cf. Helena BOLIEIRO; Paulo GUERRA, *A criança e a família – uma questão de Direito (s)*, op. cit., p. 183.

³²¹ *Idem*, p. 184.

³²² Cf. Maria de Fátima Abrantes DUARTE, O poder paternal: contributo para o estudo do seu actual regime, Lisboa, AAFDL, 1989, *apud* Joaquim Manuel da SILVA, *A família das crianças na separação dos pais: a guarda compartilhada*, Lisboa, Petrony, 2016, p. 46.

³²³ Cf. Barbara Filipa Baptista GONÇALVES, *O exercício das responsabilidades parentais*, dissertação de mestrado, Coimbra, FDUC, 2016, p. 07.

³²⁴ O texto da Constituição da República Portuguesa encontra-se disponível para consulta em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> (consultado em 19-07-2019).

³²⁵ O texto do Decreto Lei n.º 496/1977 encontra-se disponível para consulta em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=781&tabela=leis&so_miolo= (consultado em 30-07-2019).

Posteriormente, em 1995, a Lei n.º 84/1995³²⁶ alterou o Código Civil para permitir que os pais, ao terminar a relação conjugal, optassem pelo exercício comum do poder paternal e, em 1999, a Lei n.º 59/1999³²⁷ estabeleceu como regime regra o exercício conjunto do poder paternal e como exceção o exercício unilateral ou singular.

Em 2008, a Lei n.º 61/2008³²⁸ revisou o regime jurídico do divórcio e promoveu alterações no exercício do “poder paternal”, o qual foi substituído terminologicamente por “responsabilidades parentais”. A adoção desse termo é um atendimento à Recomendação n.º R (84) 4, de 28 de fevereiro de 1984, aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, a qual estabeleceu que:

“parental responsibilities are a collection of duties and powers which aim at ensuring the moral and material welfare of the child, in particular by taking care of the person of the child, by maintaining personal relationships with him and by providing for his education, his maintenance, his legal representation and the administration of his property”³²⁹.

Ressalta-se que o termo “responsabilidades parentais” é utilizado também na Convenção sobre os Direitos da Criança e na Convenção Europeia sobre os Direitos da Criança³³⁰, de forma que ele consegue trazer para a linguagem alguns fatos que sempre foram a realidade da vida das mulheres e das crianças, sobretudo o cuidado diário e a responsabilidade pelos filhos³³¹.

As responsabilidades parentais não podem ser reduzidas somente à ideia de os pais representarem as crianças menores. É necessário compreendê-las com uma concepção personalista, “em que a criança é considerada não apenas como um sujeito de direito susceptível de ser titular de relações jurídicas, mas como uma pessoa dotada de autonomia e de auto-determinação”³³².

Essas responsabilidades formam um conjunto de direitos/deveres outorgados por Lei aos genitores, para que os exerçam em favor dos interesses dos filhos, e envolvem uma série de vertentes, como sejam: o sustento, a saúde, a segurança, a educação, a representação e a administração de bens deles (Art. 1878.º do Código Civil).

³²⁶ O texto da Lei n.º 84/1995 encontra-se disponível para consulta em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=799&tabela=leis (consultado em 30-07-2019).

³²⁷ O texto da Lei n.º 59/1999 encontra-se disponível para consulta em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=805&tabela=leis&so_miolo= (consultado em 30-07-2019).

³²⁸ O texto da Lei n.º 61/2008 encontra-se disponível para consulta em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1028&tabela=leis&so_miolo= (consultado em 30-07-2019).

³²⁹ O texto da Recomendação n.º R (84), do Comité de Ministros do Conselho da Europa, encontra-se disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804de2e4> (consultado em 19-07-2019).

³³⁰ O texto da Convenção Europeia dos Direitos da Criança encontra-se disponível em http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/convencao_dtos_crianças.pdf (consultado em 21-08-2019).

³³¹ Cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, op. cit., p. 22.

³³² *Idem*, p. 19.

Atualmente, a regulação do exercício das responsabilidades parentais em casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento, encontra-se prevista nos Arts. 1905.º e 1906.º do Código Civil de 1966, os quais também são aplicados nos casos de pais e mães de crianças que não convivam juntos e ainda nos casos em que os pais nunca viveram juntos (Art. 1912.º do Código Civil).

O Art. 1906.º divide as responsabilidades parentais em duas classes: quando se refiram àquelas questões de particular importância para a vida do filho³³³ e àquelas relativas aos atos da vida corrente do filho. Na primeira classe, o exercício das responsabilidades parentais deve ser exercido em conjunto por ambos os genitores, enquanto que o exercício da segunda classe fica para decisão exclusiva do genitor com quem o filho se encontra, no momento em que as questões da vida cotidiana surjam³³⁴. No entanto, o “genitor não residente” não pode contrariar as orientações educativas que foram estabelecidas pelo “genitor residente” (Art. 1906.º, n.º 3).

É importante mencionar que a regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância pode sofrer exceções, pois quando esse exercício for julgado contrário aos interesses dos filhos, deve o tribunal determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por apenas um genitor (Art. 1903.º, n.º 2, do Código Civil). Em outras palavras, admite-se o exercício unilateral das responsabilidades parentais, precisamente quando se trata das questões de particular importância para a vida do filho³³⁵.

Ana Sofia Gomes esclarece que:

“A situação mais desejável em matéria de exercício das responsabilidades parentais é exactamente a da existência de acordo; e se existe acordo relativamente ao facto de tais responsabilidades serem cometidas a um dos progenitores, nada obsta à homologação do

³³³ Cf. Helena BOLIEIRO e Paulo GUERRA: são exemplos das questões de particular importância: “- Decisão sobre intervenções cirúrgicas no filho (inclusive as estéticas); - Saída do filho para o estrangeiro, não em turismo mas em mudança de residência, com algum carácter duradouro; - Saída do filho para países em conflito armado que possa fazer perigar a sua vida; - Obtenção de licença de condução de ciclomotores; - Escolha de ensino particular ou oficial para a escolaridade do filho; - Decisões de administração que envolvam oneração; - Educação religiosa do filho (até aos seus 16 anos); Prática de actividades desportivas que representem um risco para a saúde do filho; - Autorização parental para o filho contrair casamento; - Orientação profissional do filho; - Uso de contracepção ou interrupção de uma gravidez; - Participação em programas de televisão que possam ter consequências negativas para o filho”. (Helena BOLIEIRO; Paulo GUERRA, *A criança e a família – uma questão de Direito (s), op. cit.*, pp. 196-197).

³³⁴ Neste sentido já decidiu o Tribunal de Relação de Lisboa: “SUMÁRIO: 1. A Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, que introduziu a última reforma ao Código Civil em matéria de Direito da Família, acolheu grande parte dos princípios do Direito da Família Europeu Relativos às Responsabilidades Parentais, publicados em 2007, na sequência do trabalho realizado pela Comissão de Direito da Família Europeu.

2. É de salientar, quando às alterações ao exercício das responsabilidades parentais, o desaparecimento da noção tradicional do poder paternal, com os progenitores a adquirirem igual poder de decisão relativamente às questões dos filhos, nos termos preceituados nos artigos 1901º a 1912º do Código Civil. 3. De acordo com o novo regime, a regra é a do exercício em comum das responsabilidades parentais, relativas às questões de particular importância para a vida do filho, com a residência exclusiva ou alternada, questão que o julgador terá de decidir, em caso de desacordo dos progenitores, tendo em consideração o superior interesse da criança e ponderando todas as circunstâncias relevantes, designadamente, a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro” (artigo 1906º, nº 5 CC); o interesse da criança de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores (artigo 1906º, nº 7 CC), e sendo certo que esse desacordo dos pais não será, em princípio, impeditivo da fixação de residência alternada com ambos os progenitores. (TRL – Processo: 670/16.8T*AMD.L1-2, Relator: Ondina Carmos Alves, Data do acórdão: 12/04/2018”, disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9fb53ddaf20154a4802582a4004dc961?OpenDocument&Highlight=0,responsabilidades.parentais> (consultado em 01-08-2019).

³³⁵ Cf. Joana Salazar GOMES, *O Superior interesse da criança e as novas formas de guarda*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 83.

acordo, desde que se aplique o exercício em comum quanto às questões de particular importância referidas no art.º 1906.º do C.C.”³³⁶.

O acordo dos pais consiste no modo principal para o exercício das responsabilidades parentais, de forma que a intervenção judicial tem um carácter excepcional e subsidiário, e só será utilizada: quando a desavença recaia sobre uma questão de particular importância, cuja existência deve ser controlada pelo juiz; quando o juiz não tenha conseguido que as partes concilhassem; e, quando a conciliação não for possível, o tribunal ouvirá os filhos³³⁷.

O acordo celebrado entre os pais, que estão divorciados ou separados, relacionado com o exercício das responsabilidades parentais dos filhos, deve ser homologado e, caso não corresponda ao interesse dos filhos, poderá ser recusado. Essa homologação pode ser judicial ou poderá ser requerida junto a qualquer Conservatória de Registo Civil, conforme Art. 1909.º, n.º 2, do Código Civil Português³³⁸.

³³⁶ Cf. Ana Sofia GOMES, *Responsabilidades parentais*, 3.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2012, p. 43.

³³⁷ Cf. Maria Clara SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, op. cit., pp. 326-328.

³³⁸ Neste sentido já decidiu o Tribunal de Relação de Lisboa: “SUMÁRIO: I. O objectivo da Lei n.º 5/2017 de 2 de março foi estender a faculdade de requerer a homologação do acordo de regulação das responsabilidades parentais na Conservatória do Registo Civil, que já existia para os pais casados, em processo de divórcio por mútuo consentimento, àqueles pais que pretendem a separação de facto, e ainda àqueles que vivam em união de facto e pretendam dissolver tal união e ainda aos pais não casados nem unidos de facto.

II. De acordo com o disposto no art.º 1909 n.º 2 do Código Civil, os pais podem requerer a homologação judicial de acordo de regulação das responsabilidades parentais, nos termos previstos no Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, pelo que os Tribunais de Família têm competência em razão da matéria para a homologação desses acordos. (Processo: 28114/17.0T8LSB.L1-6, Relator: Maria de Deus Correia, Data do Acórdão: 21/06/2018)”, disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/af409e059f0ccaf1802582cf003512ec?OpenDocument&Highlight=0,responsabilidades,parentais,acordo,n%C3%A3o,homologado> (consultado em 02-08-2019).

CAPÍTULO III – A GUARDA COMPARTILHADA E O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA

1. O instituto da guarda no Código Civil de 2002 e a disciplina da guarda compartilhada feita pela Lei n.º 11.698/08.

Geralmente, enquanto a família permanece física e afetivamente unida, os filhos têm a satisfação de desfrutar da companhia de seus dois genitores, mesmo que um tenha mais contato físico que o outro, ou que a criança tenha mais afinidade com um deles. Muitas vezes essa situação não permanece quando ocorre a ruptura da relação conjugal, de forma que o legislador brasileiro vem tentando garantir o equilíbrio entre os direitos e obrigações de cada genitor, sem afastar o Princípio do Superior Interesse da Criança³³⁹.

A Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece disposições específicas para a guarda dos filhos, quando no seu Art. 9.º, §3.º prevê que: “Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e o contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”.

Mesmo o Brasil tendo ratificado essa Convenção, com a aprovação do Código Civil de 2002, o legislador não estabeleceu legalmente a guarda compartilhada³⁴⁰, embora tenha incorporado diversos Princípios revelados pela evolução do direito de família, tanto no discurso legislativo como na prática social³⁴¹.

O Art. 1.583 do CC estabelecia que no fim dos relacionamentos conjugais, pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, seria observado o que os cônjuges teriam acordado com relação à guarda dos filhos. Quando não houvesse um acordo entre as partes, a guarda seria atribuída a quem revelasse melhores condições de exercê-la.

Quanto ao termo “melhores condições”, existem críticas à redação legislativa afirmando que desde 1988 o Brasil adotou a doutrina da proteção integral de crianças, mas esse termo estaria denotando flagrante direcionamento para a aptidão dos adultos e deixando a proteção dos filhos em segundo plano³⁴².

³³⁹ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., pp. 127-128.

³⁴⁰ Cf. Ana Maria Milano SILVA, *A lei sobre guarda compartilhada*, op. cit., p. 97.

³⁴¹ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 161.

³⁴² Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, op. cit., p. 76.

Com relação ao referido termo, o STJ firmou entendimento de que não se refere apenas ao aparelhamento econômico do genitor que pretende a guarda do filho, mas, acima de tudo, compreende o atendimento aos interesses da criança, no sentido mais completo alcançável³⁴³.

Em 2002, o Congresso Nacional recebeu o Projeto de Lei n.º 6.350/02³⁴⁴. Como justificativa para a sua apresentação, o autor do projeto reconhece a lacuna existente no Código Civil (que tinha sido aprovado recentemente) no tocante ao modelo de guarda compartilhada, argumentando que o equilíbrio dos papéis (paterno e materno) traz um desenvolvimento físico e mental mais adequado para os casos de fragmentação da família³⁴⁵.

Para o autor do projeto:

“Na guarda compartilhada, um dos pais pode deter a guarda material ou física do filho, ressaltando sempre o fato de dividirem os direitos e deveres emergentes do poder familiar. O pai ou a mãe que não tem a guarda física não se limita a supervisionar a educação dos filhos, mas sim participará efetivamente dela como detentor de poder e autoridade para decidir diretamente na educação, religião, cuidados com a saúde, lazer, estudos, enfim, na vida do filho”³⁴⁶.

³⁴³ “EMENTA: Direito da criança e do adolescente. Recurso especial. Ação de guarda de menores ajuizada pelo pai em face da mãe. Prevalência do melhor interesse da criança. Melhores condições. - Ao exercício da guarda sobrepõe-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que não se pode delir, em momento algum, porquanto o instituto da guarda foi concebido, de rigor, para proteger o menor, para colocá-lo a salvo de situação de perigo, tornando perene sua ascensão à vida adulta. Não há, portanto, tutela de interesses de uma ou de outra parte em processos deste jaez; há, tão-somente, a salvaguarda do direito da criança e do adolescente, de ter, para si prestada, assistência material, moral e educacional, nos termos do art. 33 do ECA.- Devem as partes pensar, de forma comum, no bem-estar dos menores, sem intenções egoísticas, caprichosas, ou ainda, de vindita entre si, tudo isso para que possam – os filhos – usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, porque toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família, conforme dispõe o art. 19 do ECA. - A guarda deverá ser atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, maior aptidão para propiciar ao filho afeto – não só no universo genitor-filho como também no do grupo familiar e social em que está a criança ou o adolescente inserido –, saúde, segurança e educação. - Melhores condições, para o exercício da guarda de menor, evidencia, acima de tudo, o atendimento ao melhor interesse da criança, no sentido mais completo alcançável, sendo que o aparelhamento econômico daquele que se pretende guardião do menor deve estar perfeitamente equilibrado com todos os demais fatores sujeitos à prudente ponderação exercida pelo Juiz que analisa o processo. - Aquele que apenas apresenta melhores condições econômicas, sem contudo, ostentar equilíbrio emocional tampouco capacidade afetiva para oferecer à criança e ao adolescente toda a bagagem necessária para o seu desenvolvimento completo, como amor, carinho, educação, comportamento moral e ético adequado, urbanidade e civilidade, não deve, em absoluto, subsistir à testa da criação de seus filhos, sob pena de causar-lhes irrecuperáveis prejuízos, com sequelas que certamente serão carregadas para toda a vida adulta. - Se o conjunto probatório apresentado no processo atesta que a mãe oferece melhores condições de exercer a guarda, revelando, em sua conduta, plenas condições de promover a educação dos menores, bem assim, de assegurar a efetivação de seus direitos e facultar o desenvolvimento físico, mental, emocional, moral, espiritual e social dos filhos, em condições de liberdade e de dignidade, deve a relação materno-filial ser assegurada, sem prejuízo da relação paterno-filial, preservada por meio do direito de visitas. - O pai, por conseguinte, deverá ser chamado para complementar monetariamente em caráter de alimentos, no tocante ao sustento dos filhos, dada sua condição financeira relativamente superior à da mãe, o que não lhe confere, em momento algum, preponderância quanto à guarda dos filhos, somente porque favorecido neste aspecto, peculiaridade comum à grande parte dos ex-cônjuges ou ex-companheiros. - Considerado o atendimento ao melhor interesse dos menores, bem assim, manifestada em Juízo a vontade destes, de serem conduzidos e permanecerem na companhia da mãe, deve ser atribuída a guarda dos filhos à genitora, invertendo-se o direito de visitas. - Os laços afetivos, em se tratando de guarda disputada entre pais, em que ambos seguem exercendo o poder familiar, devem ser amplamente assegurados, com tolerância, ponderação e harmonia, de forma a conquistar, sem rupturas, o coração dos filhos gerados, e, com isso, ampliar ainda mais os vínculos existentes no seio da família, esteio da sociedade. Recurso especial julgado, todavia, prejudicado, ante o julgamento do mérito do processo. (STJ - REsp: 964836 BA 2007/0151058-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 02/04/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2009)”, disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4726863&num_registro=200701510581&data=20090804&tipo=5&formato=HTML (consultado em 21-09-2019).

³⁴⁴ O texto do Projeto de Lei n.º 6.530/02, de autoria do Deputado Tilden Santiago, encontra-se disponível para consulta em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46748> (consultado em 15-09-2019).

³⁴⁵ O texto com a justificativa do autor do Projeto de Lei n.º 6.530/02 encontra-se disponível para consulta em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1A6C7B9D64952BC1FC1CFF266DC6EB85.proposicoesWebExterno1?codteor=22300&filename=Tramitacao-PL+6350/2002 (consultado em 15-09-2019).

³⁴⁶ *Ibidem*.

Esse Projeto de Lei teve um longo trâmite no Congresso Nacional (Câmara Federal e Senado Federal) e só foi sancionado pelo Presidente da República em 13 de junho de 2008, convertendo-se, portanto, na Lei n.º 11.698/08, que alterou os Arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil.

Durante o debate do Projeto de Lei acima referido, o Conselho de Justiça Federal publicou o Enunciado n.º 101 na I jornada de Direito Civil, sob a coordenação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que estabelecia: “Sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do Art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança”³⁴⁷.

Com a aprovação da Lei n.º 11.698/08, a modalidade de guarda compartilhada ingressou legalmente no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, antes disso, alguns pais já a praticavam através de acordos realizados entre si e, raramente, por determinação judicial³⁴⁸.

Com a positivação da guarda compartilhada não desaparecem as outras modalidades de guarda, mas a compartilhada passa a ter um valor superior em relação às demais, pois os genitores não podem ser afastados da vida dos filhos³⁴⁹.

O §1.º do Art. 1.583 do CC apresentava o conceito para a guarda unilateral e compartilhada. A primeira parte tratava da unilateral, estabelecendo que ela poderia ser atribuída a um genitor, como também a possibilidade de ela ser atribuída a uma pessoa que não fosse os genitores.

Na segunda parte desse parágrafo, ficou definida a guarda compartilhada, estabelecendo que ela compreende 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. Sendo assim, a guarda única perdeu a sua “majestade” e passou-se a adotar o sistema dual de cuidado dos filhos depois da ruptura da união de seus pais³⁵⁰.

O §2.º do Art. 1.583 do CC, estabeleceu alguns critérios objetivos para que a guarda única fosse exercida por apenas um genitor, o qual deveria ter melhores condições de exercê-la e mais aptidão para propiciar aos filhos: afeto (com o genitor e nas relações familiares), saúde, segurança e educação.

³⁴⁷ O Enunciado n.º 101 do Conselho de Justiça Federal encontra-se disponível para consulta em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/732> (consultado em 13-09-2019).

³⁴⁸ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 172.

³⁴⁹ *Ibidem*.

³⁵⁰ *Idem*, p. 174.

Esse dispositivo foi capaz de “quebrar” uma imposição histórica de que a mãe reunia, naturalmente, todos os atributos sentimentais (amor, carinho, afetividade, etc.) indispensáveis ao exercício da guarda e da criação dos filhos³⁵¹.

O §3.º do Art. 1.583 ampliou o dever do cônjuge não guardião para permitir que ele pudesse supervisionar os interesses dos filhos, de forma que:

“O conceito de interesse do filho é o mais amplo possível, em função, inclusive da faixa etária. O interesse do filho no âmbito da guarda e no relacionamento de pais e filhos, não se confunde com os direitos fundamentais e constitucionais, estatais e supra estatais da criança e do adolescente, que devem ser assegurados pelo Estado e que se acham exaustivamente definidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA Título II do Livro I), de tais como o Direito à Vida e à Saúde; O Direito à Liberdade; Direito à Convivência Familiar e Comunitária; Direito à Educação, etc. Dentre os interesses específicos do filho que devem ser assistidos pelos progenitores estão aqueles relacionados à assistência material, moral, educacional, médica, psicológica e emocional, se bem que o cumprimento de tais direitos, quer pelos pais quer pelo Estado, é logicamente do superior interesse dos filhos”³⁵².

O §4.º do Art. 1.583 foi vetado pelo Presidente da República, sob o argumento de que ele continha uma imprecisão técnica, pois o ordenamento jurídico brasileiro permite que as partes celebrem um acordo sobre a guarda, mas quem fixa é o Juiz. A redação era a seguinte: “a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser fixada, por consenso ou por determinação judicial, para prevalecer por determinado período, considerada a faixa etária do filho e outras condições de seu interesse”³⁵³.

Por sua vez, o *caput* do Art. 1.584 do CC reafirmou a existência das modalidades de guarda unilateral e compartilhada. Os incisos indicavam as formas de estabelecimento de guarda: por consenso ou decretada pelo juiz. A guarda requerida por consenso (por um dos genitores ou por ambos) seria homologada pelo juiz e poderia ser em ação autônoma, de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, enquanto que a guarda decretada judicialmente, unilateral ou compartilhada, deveria ter atenção a necessidade específica do filho e a necessária convivência deste com ambos os genitores, eliminando a ideia de visitação.

Os parágrafos do Art. 1.584 previam os procedimentos a serem adotados no exercício da guarda compartilhada, devendo o juiz informar o significado, a importância, os direitos e as possíveis

³⁵¹ Cf. José Francisco Basílio de OLIVEIRA, *Guarda compartilhada, comentários à Lei n.º 11.698/08*, Rio de Janeiro, Espaço Jurídico, 2008, p. 06.

³⁵² *Idem*, pp. 7-8.

³⁵³ O texto das razões do Veto Presidencial encontra-se disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-368-08.htm (consultado em 15-09-2019).

sanções para os genitores em caso de incumprimento das cláusulas estabelecidas (§1.º); a possibilidade da guarda compartilhada ser aplicada nos casos em que os genitores não chegassem a um acordo (§2.º); a possibilidade de o juiz basear sua decisão com orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar (§3.º); a possibilidade de haver redução de prerrogativas ao detentor da guarda quando ele alterar ou descumprir imotivadamente as cláusulas da guarda (§4.º); por fim, a possibilidade de o juiz determinar que a guarda seja exercida por terceira pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, levando-se em conta, preferencialmente, o parentesco e as relações de afinidade e afetividade com as crianças (§5.º).

Com o passar dos anos, foi-se percebendo que as alterações promovidas pela Lei n.º 11.698/08 tiveram baixa eficácia social, por vários motivos. Um deles está associado à forma como foi redigido o §2.º do Art. 1.584 (já alterado, conforme veremos a seguir), que previa a aplicação da guarda compartilhada “sempre que possível”. Essa expressão deu margens para o surgimento de várias decisões que não aplicavam a guarda compartilhada³⁵⁴. Entretanto, existem decisões em sentido contrário que aplicavam o compartilhamento da guarda dos filhos, mesmo em casos de litígio³⁵⁵.

Além do mais, havia uma confusão social e na doutrina entre a modalidade da guarda compartilhada e a da guarda alternada, sendo que a guarda alternada representa uma divisão do tempo em que o filho ficaria com os genitores e, naquele momento em que tivessem com os filhos, eles teriam poder exclusivo de decisão, de forma que o filho não teria nenhuma segurança³⁵⁶, conforme tratamos no tópico 2.2.2 do capítulo II.

Outro fato importante é que as estatísticas apresentadas pelo IBGE, no ano de 2013 (cinco anos após a vigência da supracitada Lei) concluíram que, nos casos de divórcios concedidos em 1.^a

³⁵⁴ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 79.

³⁵⁵ “EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. (...) 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 evidência 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. 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. (STJ - REsp: 1251000 MG 2011/0084897-5, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2011)”, disponível para consulta em: <https://stj.iusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj> (consultado em 15-09-2019).

³⁵⁶ Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, op. cit., p. 20.

instância, apenas 6,8% das guardas de crianças foram fixadas como compartilhadas, enquanto que a guarda unilateral deferida à mãe atingiu 86,3%³⁵⁷.

2. As alterações promovidas pela Lei n.º 13.058/14

No ano de 2011, o Congresso Nacional recebeu o Projeto de Lei n.º 1.009/11³⁵⁸, de autoria do Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá, com a justificativa de que:

“Muito embora não haja o que se negar sobre avanço jurídico representado pela promulgação da Lei nº 11.698, de 13.06.08, a qual institui a Guarda Compartilhada no Brasil. Muitas pessoas, inclusive magistrados, parecem não ter compreendido a real intenção do legislador quando da elaboração de tal dispositivo. Obviamente, para os casais que, sabiamente, conseguem separar as relações de parentesco “marido / esposa” da relação “Pai / Mãe”, tal Lei é totalmente desnecessária, portanto, jamais poderiam ter sido tais casais (ou ex-casais) o alvo da elaboração da lei vez que, por iniciativa própria, estes já compreendem a importância das figuras de Pai e Mãe na vida dos filhos, procurando prover seus rebentos com a presença de ambas”³⁵⁹.

Esse Projeto de Lei foi aprovado e tornou-se a Lei n.º 13.058/14³⁶⁰. A ideia central é a de que, no modelo de guarda compartilhada, a convivência deve ser baseada na necessidade de preservar os vínculos entre a criança e os pais, os quais devem acompanhar ativamente os acontecimentos dos filhos. Com base nisso é estabelecida uma intimidade entre eles a fim de conviverem em um ambiente psicologicamente saudável e, a partir disso, a criança, de forma autêntica, é que formará sua própria opinião a respeito dos pais³⁶¹.

Apesar de a Lei n.º 13.058/14 ter apresentado algumas alterações, ela manteve a mesma nomenclatura e aperfeiçoou a prática da guarda compartilhada, deixando claro que o tempo de o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai,

³⁵⁷ IBGE, *Estatística do Registro Civil 2013*, vol. 40, Rio de Janeiro, 2013, pode ser consultado em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2013_v40.pdf (consultado em 11-06-2019).

³⁵⁸ O texto do Projeto de Lei n.º 1.009/11 encontra-se disponível para consulta em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=498084> (consultado em 15-09-2019).

³⁵⁹ O texto com a justificativa do Projeto de Lei n.º 1.009/11 encontra-se disponível para consulta em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7E13B23BC91FDCBB2FB58F12C03A846.proposicoesWebExterno1?codteor=858734&filename=Tramitacao-PL+1009/2011 (consultado em 15-09-2019).

³⁶⁰ O texto da Lei n.º 13.058/11 encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/_l13058.htm (consultado em 11-06-2019).

³⁶¹ Cf. Denise Maria Perissini da SILVA, *Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?*, 2.ª ed., Campinas, Armazém do Ipê, 2011, p. 9.

sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos, conforme a nova redação do §2.º, Art. 1.583 do CC.

Percebe-se que a legislação avançou ao considerar o termo “tempo de convívio” ao invés de “visita”, pois a convivência gera a ideia de que o genitor não guardião terá um tempo maior de permanência com seu filho. Essa convivência deve ser equilibrada e, nem sempre será igualitária com a divisão de 50% do tempo para cada genitor.

A expressão equilibrada é dotada de especial funcionalidade, pois não “tabela” um modelo de divisão do tempo de convívio entre os pais (guardiões ou não guardiões) com os filhos. A construção desse tempo não se limitará apenas a elementos jurídicos, mas agregará elementos fáticos da vivência e do cotidiano das partes envolvidas naquele caso específico. Por exemplo: um pai (não guardião) que se disponibiliza para buscar o filho na residência materna e, diariamente, o levar para a escola. Isso é um meio de garantir um convívio diário do filho como o genitor com quem não reside³⁶².

Na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, coordenada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, foram aprovados quatro enunciados que evidenciam a necessidade de a divisão do tempo da guarda compartilhada ser de forma equilibrada:

“ENUNCIADO 603 – A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais.

ENUNCIADO 604 – A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho.

ENUNCIADO 605 – A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência.

ENUNCIADO 606 – O tempo de convívio com os filhos “de forma equilibrada com a mãe e com o pai” deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um”³⁶³.

³⁶² Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 215.

³⁶³ Os enunciados da VII Jornada de Direito Civil encontram-se disponíveis para consulta em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado> (consultado em 15-08-2019).

A nova redação do §3.º do Art. 1.583 do CC inova ao estabelecer que, nesta modalidade de guarda, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos seus interesses. Neste caso, o legislador não se refere ao aspecto estrutural da cidade (por exemplo: praças, parques, escolas, etc.), mas sim ao aspecto familiar (por exemplo: o convívio com outro genitor, com os avós, tios, etc.)³⁶⁴.

Esse dispositivo solucionou diversos impasses que eram gerados diante das alterações injustificadas de domicílio impostas pelo genitor guardião³⁶⁵. Além do mais, pode-se concluir que, mesmo que os genitores morem em cidades diferentes, a guarda compartilhada poderá ser aplicada, sem que ela seja confundida com a guarda alternada³⁶⁶.

As vantagens da adoção desse tipo de guarda são manifestas, sobretudo porque deixam de lado a “exclusividade” típica da guarda unilateral, com resultado positivo na dimensão psíquica da criança ou do adolescente que passa a sofrer em menor escala o devastador efeito do fim da relação de afeto que unia os seus genitores³⁶⁷.

Um dos pontos de maior destaque nas alterações realizadas pela Lei n.º 13.058/14 foi a do §2.º do Art. 1.584 do CC, quando estabelece que, salvo declaração de um dos genitores perante o magistrado, a guarda compartilhada será aplicada mesmo quando não houver acordo entre o pai e a mãe, desde que eles estejam aptos a exercer o poder familiar³⁶⁸.

É importante mencionar que a guarda compartilhada não será atribuída de forma absoluta, em todos os casos de relacionamentos conjugais rompidos, pois a própria redação legislativa apresenta duas exceções à obrigatoriedade.

A primeira delas é quando um dos pais, ou ambos, não se mostrarem aptos a exercer o poder familiar. Essa aptidão é presumida com a maternidade e paternidade e somente com fatos graves (devidamente provados) é que inviabilizará esse exercício³⁶⁹. O legislador acabou por consagrar a

³⁶⁴ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 216.

³⁶⁵ Cf. Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, op. cit., p. 207.

³⁶⁶ Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, op. cit., p. 94.

³⁶⁷ Pablo Stolze GAGLIANO; Rodolfo PAMPLONA FILHO, *Manual de direito civil*, op. cit., p. 1280.

³⁶⁸ Embora a redação legislativa do citado parágrafo tenha se referido a “pai e mãe”, a jurisprudência brasileira já reconhece a possibilidade da guarda compartilhada ser aplicada aos casais homoafetivos: “EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA DE MENOR. CASAL HOMOAFETIVO. ALTERAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA A FIM DE ATENDER O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. NECESSIDADE DE MAIOR DILAÇÃO PROBATÓRIA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS MANTIDOS. A guarda deve atender, essencialmente, ao interesse do menor, devendo permanecer o status quo quando não há motivos para alteração. Quantum alimentar fixado de maneira adequada, em respeito ao binômio necessidades-possibilidades. Situação que recomenda o arbitramento de alimentos provisórios com moderação e em atenção ao que consta nos autos, até que, com as provas que ainda serão produzidas, reste melhor visualizada a real situação financeira do alimentante e as necessidades do alimentando. Ademais, pertence ao alimentante o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar os alimentos no valor fixado. Agravo de instrumento desprovido. (TJ-RS. Agravo de Instrumento, Nº 70062288584, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luis Dall'Agnol, Julgado em: 17-12-2014), disponível para consulta em: <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia> (consultado em 18-09-2019).

³⁶⁹ Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira CHAMBERS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., p. 81.

inaptidão para o poder familiar, que é mais amplo e que engloba mais poderes/deveres do que a própria guarda³⁷⁰, conforme já estudamos no capítulo I desse trabalho.

A segunda exceção legal é quando um dos pais declarar que não deseja exercer a guarda do filho, de forma que ela será atribuída, unilateralmente, ao outro genitor. Entretanto, não é a simples declaração de “não querer” do genitor que vai prevalecer, pois os juízes e promotores devem investigar quais os reais motivos que levam a ele manifestar seu desinteresse³⁷¹.

É exatamente por esse §2.º, do Art. 1.584 do CC que o legislador estabeleceu a obrigatoriedade da guarda compartilhada. *Inclusive* a Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça já emitiu uma recomendação no sentido de reforçar a obrigatoriedade da guarda compartilhada, de forma que os juízes, quando não houvesse acordo, deveriam tomar como regra a guarda compartilhada. Além do mais, quando deferissem a guarda unilateral, deviam justificar a impossibilidade de aplicar a guarda compartilhada³⁷². Voltaremos a discutir essa obrigatoriedade no tópico 4 deste capítulo.

No §3.º do Art. 1.584 do CC foi mantida a mesma redação anterior, reforçando a possibilidade de os juízes serem auxiliados por orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, acrescentando, apenas, que o juiz deve visar a divisão equilibrada do tempo entre os genitores, como forma de respeitar as peculiaridades da realidade familiar dos envolvidos no caso concreto³⁷³.

Nessa mesma linha, o Enunciado 335 do Conselho de Justiça Federal, recomenda que a modalidade de guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar (psicólogos, assistentes sociais, pedagogos, etc.)³⁷⁴.

No §4.º e no §5.º do Art. 1.584 do CC não houve alterações significativas. Somente o §4.º, que suprimiu o trecho da redação que previa como sanção a redução do número de horas de convivência com o filho, sob a justificativa de que ele penalizava mais o filho do que o genitor infrator³⁷⁵. E o §5.º permaneceu a possibilidade de a guarda ser deferida a terceira pessoa.

A nova Lei inseriu o §6.º no Art. 1.584 do CC, determinando que os estabelecimentos sejam obrigados a prestar informações sobre os filhos a qualquer dos genitores, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) pelo não atendimento da solicitação.

³⁷⁰ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 225.

³⁷¹ Cf. Conrado Paulino da ROSA, *Nova lei da guarda compartilhada*, op. cit., p. 56.

³⁷² Recomendação n.º 25/16: “Art. 1º Recomendar aos Juizes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra, segundo prevê o § 2º do Art. 1.584 do Código Civil. §1º Ao decretar a guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, no caso concreto, levando em consideração os critérios estabelecidos no § 2º do Art. 1.584 do Código Civil”, disponível para consulta em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3182> (consultado em 15-08-2019).

³⁷³ Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, op. cit., p. 227.

³⁷⁴ O Enunciado n.º 335 do Conselho de Justiça Federal encontra-se disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/358> (consultado em 15-09-2019).

³⁷⁵ Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, op. cit., p. 227.

Esse último parágrafo trata do dever de informação imposto aos estabelecimentos como forma de impedir uma prática comum de que o genitor não guardião é impedido, muitas vezes, de ter acesso a informações relativas ao filho³⁷⁶. Ressalte-se que essa obrigação alcança toda e qualquer instituição, seja educacional, seja esportiva ou associativa³⁷⁷.

É importante mencionar ainda que, não bastasse o Art. 5.º da Constituição Federal, no inciso XXXIII³⁷⁸ assegurar o direito à informação, o legislador optou por “reforçar” esse direito. Entretanto, esqueceu de mencionar que o direito de os genitores obterem informações dos filhos decorre do poder familiar, independente da modalidade de guarda que foi adotado³⁷⁹.

3. Quadro comparativo entre a redação originária do Art. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 e as modificações após a Lei n.º 11.698/08 e pela Lei n.º 13.058/14

Código Civil de 2002 (redação original)	Código Civil (após a Lei n.º 11.698/08)	Código Civil (após a Lei n.º 13.058/14)
Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.	Art. 1.583. A guarda será unilateral e compartilhada.	Sem alteração
	§ 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.	Sem alteração

³⁷⁶ Cf. Waldyr GRISARD FILHO, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, op. cit., p. 228.

^{377/378} Cf. Conrado Paulino da ROSA, *Nova lei da guarda compartilhada*, op. cit., p. 89.

³⁷⁸ “Art. 5.º (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

³⁷⁹ Cf. Ricardo Bastos MACHADO, *Aspectos da nova guarda compartilhada: (Lei n.º 13.058, de 22.12.2014)*, op. cit., p. 39.

	§ 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.	§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos: I - (revogado); II - (revogado); III - (revogado).
	§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar 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)	Sem alteração
		§ 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.
Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.	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	Sem alteração

	e com a mãe.	
Parágrafo Único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência, levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o dispôs na lei específica.	§ 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.	Sem alteração
	§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.	§ 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.	§ 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, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.	§ 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 à pessoa	Sem alteração

	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

4. A importância do Superior Interesse das Crianças frente à obrigatoriedade da guarda compartilhada.

Iniciamos esse tópico citando que na doutrina existem inúmeros posicionamentos favoráveis e contrários à eficácia da guarda compartilhada, os quais poderão nos ajudar a compreender o posicionamento dos juízes e dos tribunais diante dos casos de deferimento ou indeferimento dessa modalidade. Dentre esses posicionamentos, destacam-se como favoráveis:

“a) melhor atende aos interesses dos filhos, que continuarão a contar com a proximidade, a atenção, a orientação e o amparo de ambos os genitores, mesmo após o divórcio ou o fim da união estável; b) crianças e adolescentes deixarão de ser usados como meios de luta dos genitores separados; c) poderá evitar a alienação parental; d) poderá ocorrer a divisão das despesas do filho; e) poderá melhorar o relacionamento entre os genitores, pela necessidade de maior contato e diálogo entre eles a respeito de vários aspectos da vida do filho; f) reduzirá as dificuldades de adaptação dos filhos às novas rotinas após a separação dos genitores”³⁸⁰.

E como críticas contrárias:

a) o êxito da guarda compartilhada decorre do consenso entre os genitores, e não da imposição judicial; b) não permite aos filhos expressarem o desejo de convivência com os genitores; c) lares diferentes podem causar prejuízos de ordem ética, moral, emocional, comportamental e até religiosa; d) poderá incentivar os pais a buscarem a guarda

³⁸⁰ *Idem*, pp. 24-25.

compartilhada para reduzir ou exonerar a pensão, sem o real interesse na criação e acompanhamento dos filhos; e) no caso de divisão do período de convivência com o filho, se não ocorrer também a distribuição igualitária das atribuições dos genitores, poderá se tornar uma verdadeira guarda alternada³⁸¹.

Mesmo que o objetivo do nosso trabalho não seja analisar a aplicabilidade prática da guarda compartilhada, ressaltamos a importância dos juízes tentarem mediar a celebração de um acordo entre os genitores, no que diz respeito a guarda dos filhos, informando-os sobre o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos para ambos os genitores e as sanções pelo descumprimento das cláusulas, conforme determina o §1.º do Art. 1.584 do CC.

Na maioria dos casos, com a dissolução da relação conjugal, os cônjuges apresentam-se frustrados e magoados entre si, o que impede que eles enxerguem aspectos positivos do outro. Isso dificulta a formação de um ambiente adequado para a criação participativa dos filhos que, conseqüentemente serão afetados, pois os pais reivindicam um “direito à criança”, tratando-a como objeto³⁸².

Daí, a importância de uma equipe interdisciplinar para auxiliar as partes envolvidas nesse processo, como forma de, pedagogicamente, proporcionarem um espaço para que sejam ajustados os detalhes, *inclusive*, se for o caso, com acompanhamento terapêutico e sessões de mediação³⁸³.

Já referimos várias vezes ao longo desse trabalho a importância do Princípio do Superior Interesse da Criança, de forma que ele envolve todas as ações que atinjam diretamente ou indiretamente as crianças e os adolescentes.

Ao decidir qualquer processo envolvendo atribuição ou modificação de guarda de crianças, os juízes devem pautar-se nesse Princípio, *inclusive* podem deixar de homologar eventual acordo celebrado pelos genitores, caso percebam que, de algum modo, aquelas cláusulas não atendem aos interesses das crianças³⁸⁴.

Além do mais, há um bom tempo foi sepultada a ideia de a guarda dos filhos ser considerada um direito subjetivo de um dos genitores e, em contrapartida, o outro teria o direito de visita. Dessa forma, acabava-se desvirtuando o instituto da guarda e deixando de lado os interesses dos filhos³⁸⁵.

Com as constantes transformações das relações familiares e o aprimoramento da legislação, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988, a doutrina da Proteção Integral ganhou

³⁸¹ *Ibidem*.

³⁸² Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira CHAMBERS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., p. 133.

³⁸³ Cf. Conrado Paulino da ROSA, *Nova lei da guarda compartilhada*, op. cit., p. 88.

³⁸⁴ Cf. Camila Fernanda Pinsinato COLUCCI, *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*, op. cit., p. 124.

³⁸⁵ Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, op. cit., p. 83.

destaque e passou a considerar, com prioridade absoluta, o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar e comunitária. Esse mesmo dispositivo encontra-se repetido no Art. 4.º do ECA.

Ou seja, a criança e o adolescente passaram a ser considerados detentores de direito, dotados de personalidade jurídica própria, pois, até então, estavam ligados diretamente aos seus genitores, conforme já referimos nesse trabalho.

Não mais podemos tratar as crianças e adolescentes sem considerarmos, inicialmente, o Princípio do Superior Interesse deles, *inclusive* para o deferimento de guarda após a ruptura da relação conjugal dos pais, pois:

“El interés del hijo no puede ser asimilado automática Y mecánicamente a la custodia materna en todos los casos; no puede asociarse exclusivamente con un aspecto económico; no puede basarse en supuestos o presunciones generales sobre el bienestar de hijo, y no corresponde tampoco que los jueces sin más se conformen con mantener el cuidado personal en aquél de los padres con quien los hijos están conviviendo o que otorguen siempre el cuidado compartido sin mayor análisis. Antes que un estereotipo, se debe privilegiar sumergirse en la realidad que rodea el caso, desprendiéndose de posiciones dogmáticas o prejuicios, para dar contenido contextual al interés superior de los hijos, desentrañando el alcance y protección debida a sus derechos en función de su específica realidad”³⁸⁶.

O papel do judiciário é garantir a aplicação da Lei em favor das crianças de forma que elas não podem ser preteridas frente às incapacidades dos seus responsáveis. Afinal, o comportamento “litigante” dos pais não será apaziguado com o simples deferimento de uma guarda compartilhada ou unilateral. Além do mais, o judiciário é um local para proteção dos direitos das “pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais” (Art. 15 do ECA)³⁸⁷.

O Código de Processo Civil, em seu Art. 694, estabelece que deve ser realizado todo o esforço para que se chegue à solução consensual da controvérsia. Associando esse dispositivo ao §1.º do Art. 1.584 do CC, percebemos a necessidade de o judiciário auxiliar os genitores a construírem um convívio harmonioso para que seus filhos cresçam com boa formação moral, social e psíquica³⁸⁸.

Logo após a aprovação da Lei n.º 13.058/14, o juiz e doutrinador Pablo Stolze Gagliano, numa entrevista concedida em dezembro de 2014, afirmou que essa Lei, tal como foi aprovada, poderia não

³⁸⁶ Cf. Marcela Acuña San MARTÍN, “Interés superior del niño: hacia el abandono de los estereotipos en las decisiones de cuidado”, *op. cit.*, p. 516.

³⁸⁷ Cf. Conrado Paulino ROSA, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, *op. cit.*, pp. 153-158.

³⁸⁸ *Idem*, p. 157.

atingir as metas que pretendia, pois seria muito difícil implantar um modelo obrigatório em situação que em inexistente acordo em diálogo entre os pais, pois a Lei não poderia, simplesmente, impor esse modelo de guarda sem levar em consideração as particularidades de cada caso³⁸⁹.

Talvez ele tenha razão, pois, ao analisarmos os dados do IBGE verificamos que houve um crescimento da atribuição da guarda compartilhada, mas ainda há uma grande preferência para o deferimento da guarda unilateral à figura materna. Conforme os dados das estatísticas do Registro Civil, no ano de 2017, em apenas 20,9% das sentenças de divórcios judiciais constam a atribuição da guarda compartilhada dos filhos³⁹⁰.

Sabemos que a guarda compartilhada evita a utilização do filho como se fosse um “troféu”, um “escudo” ou uma “arma de vingança” utilizada pelos pais diante das desavenças entre eles. Evita, *inclusive*, ainda a ideia de filho “mochilinha” como se percebe com a guarda alternada³⁹¹, mas não pode ser deferida sem que se analisem os reais benefícios e possíveis prejuízos para as crianças, não é uma boa escolha.

Um ponto que não poderíamos deixar de referir é a alienação parental. No Brasil esse instituto jurídico foi regulamentado pela Lei n.º 13.318/10, a qual estabelece no seu Art. 2.º que:

“considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”³⁹².

A alienação parental é mais presente na modalidade de guarda única, de forma que o alienador age de maneira a prejudicar a convivência da criança com o outro genitor ou com ambos³⁹³, por isso que a Lei da alienação parental incentiva a atribuição da guarda compartilhada (Art. 7.º)

Havendo indícios de ato de alienação parental, ou de qualquer conduta que dificulte a convivência da criança com o genitor, o juiz, a requerimento ou de ofício, depois de ouvido o Ministério Público, determinará a adoção das medidas necessárias para preservar a integridade psicológica da

³⁸⁹ A entrevista encontra-se disponível para consulta em <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/projeto-guarda-compartilhada-trara-aumento-demandas-judiciais> (consultado em 15-09-2019).

³⁹⁰ IBGE, *Estatística do Registro Civil 2017*, vol. 44, Rio de Janeiro, 2019, disponível para consulta em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf (consultado em 18-09-2019).

³⁹¹ Cf. Conrado Paulino da ROSA, *Nova lei da guarda compartilhada*, op. cit., p.73.

³⁹² O texto da Lei n.º 13.318/10 encontra-se disponível para consulta em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm (consultado em 21-09-2019).

³⁹³ Cf. Patrícia Pimentel de Oliveira CHAMBERS, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, op. cit., p. 148.

criança ou adolescente. A jurisprudência brasileira tem aplicado as sanções previstas no Art. 6.º da referida Lei ³⁹⁴.

Por fim, temos que referir que, após a entrada em vigor da Lei n.º 13.058/14, o Congresso Nacional recebeu dois Projetos de Lei que dizem respeito diretamente à aplicação da guarda compartilhada. O primeiro é o Projeto de Lei n.º 3.224/15, de autoria do deputado Augusto Carvalho. Esse projeto pretendia permitir que, quando fosse deferida a guarda compartilhada, mas um genitor tivesse a guarda de fato, ele poderia apresentar em juízo a documentação para conversão da guarda compartilhada em unilateral. Além do mais, pretendia revogar a obrigatoriedade da guarda compartilhada nos casos em que os pais tivessem um convívio conturbado entre si, mesmo que tivessem manifestado interesse pela guarda dos filhos. Por fim pretendia reconhecer o direito de quem tinha a guarda unilateral de fato, de forma que ela fosse reconhecida pelo juiz, mesmo com sentença transitado em julgado no sentido contrário³⁹⁵. A proposta foi arquivada, nos termos do Art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados³⁹⁶.

O segundo projeto, ainda em tramitação, é o Projeto de Lei n.º 2.491/19³⁹⁷, de autoria do senador Rodrigo Cunha, para acrescentar no §2.º do Art. 1.584 que o risco de violência doméstica ou familiar é causa impeditiva de deferimento de guarda compartilhada, de forma que o juiz e o representante do Ministério Público tomem conhecimento de situações de violência doméstica e familiar envolvendo as partes integrantes do processo de guarda.

³⁹⁴ “EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTADO. ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO INDEFERIDO. ALIENAÇÃO PARENTAL CONFIGURADA. ATO ATENTATÓRIO A DIGNIDADE DA JUSTIÇA. REDUÇÃO DA MULTA. RESTABELECIMENTO IMEDIATO DAS VISITAS MATERNAS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. A alegação de cerceamento de defesa deve ser afastada, diante das informações detalhadas do início da perícia, que constou de várias entrevistas, inclusive com a Apelante, que impugnou o laudo pericial e apresentou o parecer do seu assistente técnico, o qual analisou item por item do laudo pericial, não se vislumbrando qualquer prejuízo processual.

2. A pendência de análise de arguição de suspeição não acarreta a nulidade da sentença, vez que o processo somente sofreria a suspensão de sua marcha por determinação do Tribunal de Justiça, o que não ocorreu.

3. Conforme provas produzidas nos autos, restou configurada a alienação parental praticada pela genitora em desfavor do pai da criança, diante da tentativa de impedir o exercício da paternidade.

4. Ocorrendo ato atentatório à dignidade do exercício da justiça, por violação do dever de cumprimento das decisões judiciais ou por embaraço à efetivação das ordens judiciais, fica o infrator sujeito, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais, a multa de até vinte por cento do valor da causa. No caso dos autos, tratando-se de ação declaratória de investigação de alienação parental, não havendo resultado econômico/patrimonial, a multa deve ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo, motivo pelo qual deve haver a redução para o máximo legal.

5. Mister restabelecer imediatamente as visitas maternais, nos moldes fixado na sentença, diante da falta de motivação e de razoabilidade em aguardar o trânsito em julgado da sentença. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. (TJGO. APELAÇÃO. PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. PROCESSO: 0270567-50.2016.8.09.0175. RELATOR: Orloff Neves Rocha, DATA DO JULGAMENTO: 01/03/2019)”, disponível para consulta em https://projudi.tigo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=90901038&hash=180791864880216003823469614348684545646&CodigoVerificacao=true (consultado em 23-09-2019).

³⁹⁵ O projeto na íntegra encontra-se disponível para consulta em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1396745&filename=PL+3224/2015 (consultado em 21-09-2019).

³⁹⁶ “Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abrem crédito suplementar, com pareceres ou sem eles salvo as: I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões; II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno; III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias; IV - de iniciativa popular; V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República”, disponível para consulta em https://www.camara.leg.br/internet/legislacao/regimento_interno/Rlpdf/regInterno.pdf (consultado em 24-09-2019).

³⁹⁷ O projeto na íntegra encontra-se disponível para consulta em <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7942640&ts=1567528604376&disposition=inline> (consultado em 21-09-2019).

5. Jurisprudências dos Tribunais de Justiça de alguns Estados brasileiros e do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme já referimos, a Lei n.º 11.698/08 estabeleceu legalmente o regime da guarda compartilhada no Brasil, mas a obrigatoriedade da adoção desse modelo de guarda só surgiu com o advento da Lei n.º 13.058/14.

Há bastante tempo a jurisprudência brasileira vem entendendo que, para atender determinadas realidades, o que deve orientar a decisão do juiz é o Princípio do Superior Interesse da Criança e não a pretensão dos genitores. Vejamos uma decisão do STJ que foi proferida em 12 de maio de 1967:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - DESQUITE E MANUTENÇÃO DE RELAÇÕES COM O FILHO DO CASAL - O JUIZ, AO DIRIMIR DIVERGENCIA ENTRE PAI E MÃE, NÃO SE DEVE RESTRINGIR A REGULAR AS VISITAS, ESTABELECEENDO LIMITADOS HORARIOS EM DIA DETERMINADO DA SEMANA, O QUE REPRESENTA MEDIDA MINIMA. PREOCUPAÇÃO DO JUIZ, NESTA ORDENAÇÃO, SERÁ PROPICIAR A MANUTENÇÃO DAS RELAÇÕES DOS PAIS COM OS FILHOS. E PRECISO FIXAR REGRAS QUE NÃO PERMITAM QUE SE DESFACA A RELAÇÃO AFETVA ENTRE PAI E FILHO, ENTRE MÃE E FILHO. - EM RELAÇÃO A GUARDA DOS FILHOS, EM QUALQUER MOMENTO, O JUIZ PODE SER CHAMADO A REVISAR A DECISÃO, ATENTO AO SISTEMA LEGAL. - O QUE PREPONDERA E O INTERESSE DOS FILHOS, E NÃO A PRETENSÃO DO PAI OU DA MÃE. - RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. (RE 60265, Relator(a): Min. ELOY DA ROCHA, Terceira Turma, julgado em 12/05/1967, DJ 20-12-1967 PP-04406 EMENT VOL-00714-08 PP-02806 RTJ VOL-00044-01 PP-00043)”³⁹⁸.

Em recente julgado, de 21 de maio de 2019, o STJ reconhece que a regra geral é a aplicação da guarda compartilhada, mesmo nos casos em que o genitor não conteste a ação de guarda. Entretanto, deixa claro que há uma necessidade de analisar a guarda levando em consideração o Princípio do Superior Interesse da Criança. Vejamos:

“EMENTA: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C.C. GUARDA DOS FILHOS E PARTILHA DE BENS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. GUARDA COMPARTILHADA DEFERIDA. REGRA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. REVELIA. EFEITOS QUE NÃO SE OPERAM NO

³⁹⁸ O acórdão encontra-se disponível para consulta em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=157902> (consultado em 16-09-2019).

CASO. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR QUE O REQUERIDO TENHA RENUNCIADO TACITAMENTE À GUARDA DOS MENORES. DIREITO INDISPONÍVEL. NECESSIDADE, PORÉM, DE ANÁLISE DA GUARDA COM BASE NO MELHOR INTERESSE DOS MENORES. PARTICULARIDADES DO CASO QUE RECOMENDAM O DEFERIMENTO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GENITORA. DECISÃO QUE PODE SER ALTERADA POSTERIORMENTE, DADO O SEU CARÁTER *REBUS SIC STANTIBUS*. RECURSO PROVIDO.

1. Discute-se no presente recurso se a ausência de manifestação do réu no curso da ação de reconhecimento e dissolução de união estável c.c. guarda dos filhos e partilha de bens, com a consequente decretação de sua revelia, caracteriza renúncia tácita em relação ao interesse na guarda dos filhos menores, autorizando, assim, o deferimento da guarda unilateral em favor da parte autora.

2. Após a edição da Lei n. 13.058/2014, a regra no ordenamento jurídico pátrio passou a ser a adoção da guarda compartilhada, ainda que haja discordância entre o pai e a mãe em relação à guarda do filho, permitindo-se, assim, uma participação mais ativa de ambos os pais na criação dos filhos.

3. A guarda unilateral, por sua vez, somente será fixada se um dos genitores declarar que não deseja a guarda do menor ou se o Juiz entender que um deles não está apto a exercer o poder familiar, nos termos do que dispõe o art. 1584, § 2º, do Código Civil, sem contar, também, com a possibilidade de afastar a guarda compartilhada diante de situações excepcionais, em observância ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

4. Nos termos do que dispõem os arts. 344 e 345, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015 (correspondentes aos arts. 319 e 320, II, do CPC/1973), se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor, salvo se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.

5. Sendo o direito de guarda dos filhos indisponível, não obstante admita transação a respeito de seu exercício, não há que se falar em presunção de veracidade dos fatos oriunda da revelia. Em outras palavras, a revelia na ação que envolve guarda de filho, por si só, não implica em renúncia tácita do requerido em relação à guarda compartilhada, por se tratar de direito indisponível.

6. Todavia, tratando-se de demanda que envolve interesse de criança ou adolescente, a solução da controvérsia deve sempre observar o princípio do melhor interesse do menor, introduzido em nosso sistema jurídico como corolário da doutrina da proteção integral, consagrada pelo art. 227 da Constituição Federal, o qual deve orientar a atuação do magistrado.

6.1. Nessa linha de entendimento, independentemente da decretação da revelia, a questão sobre a guarda dos filhos deve ser apreciada com base nas peculiaridades do caso

em análise, observando-se se realmente será do melhor interesse do menor a fixação da guarda compartilhada.

6.2. Na hipótese dos autos, revela-se prudente o deferimento da guarda unilateral em favor da genitora, considerando a completa ausência do recorrido em relação aos filhos menores, pois demorou mais de 2 (dois) anos para ser citado em virtude das constantes mudanças de endereço, permanecendo as crianças nesse período apenas com a mãe, fato que demonstra que não tem o menor interesse em cuidar ou mesmo conviver com eles.

6.3. Ademais, na petição inicial foi consignado que um dos motivos para a separação do casal foi em razão "do convivente consumir bebidas alcoólicas e entorpecentes excessivamente" (e-STJ, fl. 10), o que não foi nem sequer levado em consideração pelas instâncias ordinárias ao fixarem a guarda compartilhada.

7. De qualquer forma, em virtude do caráter *rebus sic stantibus* da decisão relativa à guarda de filhos, nada impede que o *decisum* proferido neste feito venha a ser modificado posteriormente, sobretudo se o recorrido manifestar seu interesse na guarda compartilhada e comprovar a possibilidade de cuidar dos filhos menores.

8. Recurso provido. (STJ. Terceira turma. RECURSO ESPECIAL Nº 1.773.290 - MT (2018/0267135-4). RELATOR: Ministro Aurélio Bellizze. Data do julgamento: 21/05/2019)³⁹⁹.

Em seu voto, o Ministro Aurélio Bellizze, afirmou que a questão sobre a guarda dos filhos deve ser apreciada com base nas peculiaridades do caso em concreto. Neste sentido, pelas circunstâncias do caso em análise, ele concluiu que a guarda unilateral é a que melhor respeita os interesses da criança, pois o genitor ingeria bebidas alcoólicas e entorpecentes excessivamente, além de que trocou de endereço por várias vezes para que não fosse intimado do trâmite do processo. Por fim, ele destaca que a decisão relativa à guarda pode ser modificada posteriormente, caso qualquer genitor manifeste interesse e comprove a possibilidade de cuidar dos filhos menores⁴⁰⁰.

Em outro julgamento, de 09 de abril de 2019, ao analisar a aplicação das modalidades de guarda de crianças, o STJ decidiu mais uma vez que, naquele caso específico, a aplicação da guarda unilateral também seria a melhor opção para a criança. Vejamos:

“EMENTA: RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores.

³⁹⁹ O acórdão encontra-se disponível para consulta em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> (consultado em 18-09-2019).

⁴⁰⁰ O voto na íntegra do Relator Ministro Aurélio Bellizze encontra-se disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=93147542&num_registro=201802671354&data=20190524&tipo=51&formato=HTML (consultado em 19-08-2019).

2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada diante do princípio do melhor interesse do menor.
3. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, procedimento vedado pela Súmula nº 7/STJ.
4. Recurso especial não provido. (STJ. Terceira turma. RECURSO ESPECIAL Nº 1.707.499 - DF 2017/0282016-9. RELATOR: Ministro Marco Aurélio Bellizze. RELATOR P/ ACORDÃO: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data do julgamento: 09/04/2019)⁴⁰¹.

Importante destacar que nesse julgamento o Ministro Marco Aurélio Bellizze apresentou um voto pelo deferimento da guarda compartilhada, mas foi vencido pelo posicionamento do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, o qual apresentou um voto pelo deferimento da guarda única e foi acompanhado pelos demais ministros da terceira turma, sem qualquer ressalva.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio Bellizze ressaltou que, analisando o caso em concreto, o deferimento da guarda unilateral pelo tribunal de origem teve por base os desentendimentos dos pais e não a existência de impossibilidades práticas deles exercerem a guarda compartilhada. Neste sentido, votou pela reforma da decisão e, consequentemente, pelo deferimento da guarda compartilhada com a regulamentação equânime do tempo de convivência física entre os envolvidos⁴⁰².

Por sua vez, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva explicou que a aplicação da guarda compartilhada deve ser estabelecida independentemente da vontade dos pais ou de qualquer acordo celebrado entre eles. Entretanto, ela não deve ser imposta quando sua adoção tiver probabilidades de gerar efeitos negativos ao conflito já instalado e colocando em risco o interesse dos filhos. Concluiu, então, pela manutenção da decisão que deferiu o pedido de guarda unilateral à genitora⁴⁰³.

Outro julgado do STJ, de 10 de maio de 2016, ao analisar o caso em concreto, os ministros também concluíram pelo deferimento da guarda unilateral. Vejamos:

“EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE.

1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente).

⁴⁰¹ O acórdão encontra-se disponível pra consulta em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> (consultado em 19-08-2019).

⁴⁰² O voto na íntegra do Relator Ministro Aurélio Bellizze encontra-se disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95173011&num_registro=201702820169&data=20190506&tipo=52&formato=PDF (consultado em 19-08-2019)

⁴⁰³ O voto na íntegra do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva encontra-se disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=94723921&num_registro=201702820169&data=20190506&tipo=64&formato=PDF (consultado em 19-08-2019).

2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002).
3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial.
4. Recurso especial conhecido e desprovido. (STJ. Terceira Turma. RECURSO ESPECIAL Nº 1.417.868 – MG 2013/0376914-2. RELATOR: Ministro João Otávio de Noronha. Data do julgamento: 10/05/2016)⁴⁰⁴.

Em seu voto, o Ministro João Otávio de Noronha explicou que há e sempre haverá casos que apresentem situações positivas e negativas para o deferimento da guarda compartilhada, ou seja, mesmo sendo estabelecidas teses prévias (resultantes de observação ou estudos de situações cotidianas) não se dispensa o surgimento de situações particulares que, de forma excepcional, necessitem de outras alternativas para a solução do caso⁴⁰⁵.

Ele afirmou ainda que, naquele caso, seria impossível a aplicação da guarda compartilhada porque os pais não conseguiam chegar a um acordo sobre qualquer questão e preferiam atender aos seus interesses pessoais. Concluiu afirmando que aplicar a guarda compartilhada seria impor àquela criança a absorção dos conflitos dos seus genitores, o que colocaria em risco o seu desenvolvimento psicossocial⁴⁰⁶.

No julgado a seguir, o processo envolvia dois filhos e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro analisou, individualmente, a situação de cada um deles. Ao final os desembargadores entenderam pelo deferimento da guarda compartilhada baseando-se na manutenção de uma relação que já existia há mais de cinco anos, qual seja, de que a filha reside com o pai e o filho reside com a mãe. Vejamos:

“EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. SENTENÇA QUE DEFERE GUARDA COMPARTILHADA, ESTABELECENDO LARES DE REFERÊNCIA DISTINTOS PARA

⁴⁰⁴ O acórdão encontra-se disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60906217&num_registro=201303769142&data=20160610&tipo=5&formato=PDF (consultado em 21-09-2019).

⁴⁰⁵ O voto na íntegra do Ministro João Otávio de Noronha encontra-se disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=53728986&num_registro=201303769142&data=20160610&tipo=91&formato=PDF (consultado em 22-08-2019).

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

CADA FILHO. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. Ação de guarda ajuizada pelo genitor em face da genitora a buscar o deferimento da guarda de ambos os filhos, então menores impúberes. Sentença de parcial procedência que defere a guarda compartilhada a ambos os genitores, estabelecendo a residência paterna como lar de referência da filha e a residência materna como lar de referência do filho. Apelo do autor.

1. A guarda é um dever de assistência educacional, material e moral (ECA, art. 33) a ser cumprido no interesse e em proveito do filho menor e do maior incapaz, garantindo-lhe a sobrevivência física e o pleno desenvolvimento psíquico.

2. A definição da guarda não deve ter em conta a conveniência dos pais, mas deve guardar em primazia o interesse e o bem-estar da criança, desprezando, assim, a disputa, muitas vezes, travada entre seus genitores.

3. Apontado no laudo pericial que ambos os filhos apresentam condições adequadas de saúde e desenvolvimento e não havendo impedimento objetivo de ordem psíquica ou financeira, em ponderação de interesses no caso concreto, a manutenção da situação fática que perdura há mais de cinco anos com aumento de convívio com ambos os genitores por meio de guarda compartilhada, bem como dos irmãos nos fins de semana, é o que atende ao melhor interesse dos agora adolescentes.

4. Recurso ao qual se nega provimento. (TJ-RJ. TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO: 0113033-09.2013.8.19.0001. Des(a). FERNANDO FOCH DE LEMOS ARIGONY DA SILVA - Julgamento: 11/09/2019)⁴⁰⁷.

Nesse caso, ressaltamos a importância da participação de uma equipe interdisciplinar para auxiliar os desembargadores na conclusão do julgamento, pois o laudo pericial foi decisivo para comprovar que as crianças apresentam condições adequadas para o seu desenvolvimento.

O acórdão seguinte demonstra que o STJ concluiu pelo deferimento da guarda compartilhada, por entender que, naquele caso específico, ela seria a modalidade que melhor respeita ao Princípio do Superior Interesse das Crianças. Vejamos:

“EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. NÃO DECRETAÇÃO. POSSIBILIDADES.

I- Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014).

II- Controvérsia: dizer em que hipóteses a guarda compartilhada poderá deixar de ser implementada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil.

⁴⁰⁷ O Acórdão encontra-se disponível para consulta em <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=3961116&PageSeq=0> (consultado em 21-09-2019).

III- 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).

IV- A guarda compartilhada somente deixará de ser aplicada, quando houver inaptidão de um dos ascendentes para o exercício do poder familiar, fato que deverá ser declarado prévia ou incidentalmente à ação de guarda, por meio de decisão judicial, no sentido da suspensão ou da perda do Poder Familiar. Recurso conhecido e provido. (STJ. TERCEIRA TURMA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.629.994 - RJ (2015/0223784-0). RELATORA: Ministra Nancy Andrighi. DATA DE JULGAMENTO: 06/12/2016)”⁴⁰⁸.

Nesse caso específico, o voto da Ministra Nancy Andrighi esclarece que o §2.º do Art. 1.584 do CC tem a melhor técnica redacional, pois apresenta o mesmo elemento positivo para a aplicação da guarda compartilhada e, em via contrária, o mesmo elemento que impedirá a imposição dela, qual seja: a inaptidão para o exercício do poder familiar. No final do seu voto ela conclui pelo deferimento da guarda compartilhada, pois não ficou provada a inaptidão de nenhum dos genitores para o exercício da guarda⁴⁰⁹.

Nesse mesmo julgamento, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva acompanhou o voto da relatora para deferir a guarda compartilhada, entretanto divergiu em relação à sua fundamentação. Ele afirmou que um genitor inapto para exercer a guarda compartilhada nem sempre será afastado do poder familiar, mesmo nos casos de guarda unilateral. Afirmou que é um direito das crianças a convivência com o genitor não guardião. Ao final do seu voto, ele concluiu que a guarda deve ser exercida com flexibilidade, paridade e equilíbrio, a fim de que a convivência da criança com a família seja a mais tranquila possível, proporcionando uma formação saudável de sua personalidade⁴¹⁰.

O próximo julgado, de 21 de novembro de 2017, serve para demonstrar a importância de os tribunais de origem analisarem todas as provas produzidas para concluírem seus posicionamentos, sobretudo no que diz respeito às peculiaridades dos casos de guarda. Vejamos:

⁴⁰⁸ O acórdão encontra-se disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66229243&num_registro=201502237840&data=20161215&tipo=5&formato=HTML (consultado em 21-09-2019).

⁴⁰⁹ O voto na íntegra da Ministra Nancy Andrighi encontra-se disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66225565&num_registro=201502237840&data=20161215&tipo=51&formato=HTML (consultado em 21-09-2019).

⁴¹⁰ O voto na íntegra do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva encontra-se disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66787700&num_registro=201502237840&data=20161215&tipo=3&formato=HTML (consultado em 21-09-2019).

“EMENTA: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. GUARDA COMPARTILHADA. VIABILIDADE. CONFLITO ENTRE OS GENITORES. MELHOR INTERESSE DO MENOR. MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A Corte Estadual, amparada nas premissas fáticas dos autos, bem como o interesse do menor, concluiu pela viabilidade da guarda compartilhada da criança. A revisão dos fundamentos do acórdão estadual demandaria alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 do STJ.

2. Agravo interno não provido. (STJ. QUARTA CÂMARA. AgInt no AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 967.017 - RJ (20160213299-7). RELATOR: Ministro Luis Felipe Salomão. JULGAMENTO: 21/11/2017)⁴¹¹”.

Em seu voto, o Ministro Luiz Felipe Salomão esclareceu que, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro concluiu que restou claro que o juiz, ao proferir a sentença de guarda compartilhada, elaborou um planejamento de convivência paterno-filial, atendendo aos interesses da menor⁴¹².

Por fim, apresentamos um recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, de 03 de agosto de 2019, que reconhece a criança como pessoa humana em desenvolvimento e a necessidade de ambos os genitores proporcionarem condições mínimas (educação, saúde, etc.) para os seus filhos. Vejamos:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA. INTERESSE DA MENOR. PREVALÊNCIA. ESTUDO SOCIAL E AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA QUE SE MANTÉM ÍNTEGROS. RECONHECE-SE QUE AS CRIANÇAS E OS ADOLESCENTES COMPREENDIDOS COMO PESSOAS HUMANAS EM CONDIÇÃO PECULIAR DE DESENVOLVIMENTO SÃO MERECEDORES DE CUIDADOS E DE ATENÇÃO ESPECIAL, DENTRO DE DETERMINADO GRAU DE PERTINÊNCIA E DE ADEQUAÇÃO, O QUE IMPLICA EM UMA DAS PRINCIPAIS CONQUISTAS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA), NO RECONHECIMENTO DE DETERMINADOS DIREITOS ESPECIAIS, DADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS PARTICULARES ENVOLVIDAS. “NO EXERCÍCIO DO PATRIO PODER PRESUME-SE QUE OS PAIS IRÃO AGIR NO INTERESSE DA CRIANÇA. É COMUM OCORREREM SITUAÇÕES NAS QUAIS, MESMO DEMONSTRADO QUE O ATENDIMENTO OU DECISÃO DOS PAIS NÃO ESTÁ DE ACORDO COM O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA,

⁴¹¹O acórdão encontra-se disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78645329&num_registro=201602132997&data=20171123&tipo=5&formato=PDF (consultado em 21-09-2019).

⁴¹²O voto na íntegra do Ministro Luis Felipe Salomão encontra-se disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78149336&num_registro=201602132997&data=20171123&tipo=91&formato=PDF (consultado em 22-09-2019).

ELAS ESTARÃO IMUNES A ATAQUES OU REVISÃO, DESDE QUE COMPROVADO DE QUE O PAI E/OU A MÃE ESTEJAM PROPORCIONANDO AQUELE LIMITE MÍNIMO QUE SE ESPERA EM RELAÇÃO À EDUCAÇÃO, AO VESTUÁRIO, À ALIMENTAÇÃO, ETC." (...) SE ESCOLHEM OS TRIBUNAIS PARA RESOLVER SUA DISCÓRDIA, PRECISAM (AS PARTES) SUBMETER-SE ÀS REGRAS DO SISTEMA DE JUSTIÇA. NO ENTANTO, NESTA HIPÓTESE, O ESTADO DEVE ATUAR, PREFERENCIALMENTE, COMO UM ÁRBITRO NUMA DISPUTA PURAMENTE PRIVADA." (TANIA DA SILVA PEREIRA. O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. RJ:RENOVAR, 1999, P. 89 - DESTAQUES INEXISTENTES NO ORIGINAL). RECURSO A QUE NEGA PROVIMENTO, COM FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS EM 2% (DOIS POR CENTO), QUE DEVERÁ INCIDIR SOBRE O VALOR DA CAUSA, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 85, §§ 2º E 11 DO CPC. (TJ-RJ. 9ª CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO 0044409-97.2016.8.19.001. Desembargador: Carlos Azeredo de Araújo. Julgamento: 03/08/2019)⁴¹³.

Portanto, a jurisprudência brasileira encontra-se em consonância com a doutrina estudada, de forma a considerar que, mesmo com a obrigatoriedade da guarda compartilhada, deve-se analisar caso a caso para aplicar a modalidade de guarda que melhor respeite os interesses dos filhos, pois:

“o modelo de guarda compartilhada requer, como o próprio nome diz, compartilhamento entre pai e mãe de decisões e atitudes cotidianas em relação ao exercício dos deveres e direitos relativos aos filhos em comum. Vai muito além da 'divisão' equilibrada do tempo de convívio entre pai e mãe com os filhos. Compartilhar a guarda significa agir em uníssono e conjunto em várias situações que, se já são de difícil condução para pais que convivem sob o mesmo teto e possuem laços afetivos que os unem, quão difícil será para pais desunidos e em discórdia, o exercício da guarda compartilhada imposta por decisão judicial!”⁴¹⁴.

⁴¹³ O acórdão encontra-se disponível para consulta em <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc= 3954900&PageSeq=0> (consultado em 21-09-2019).

⁴¹⁴ Cf. Fernanda Rocha Lourenço LEVY, “Guarda compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável”, in Antônio Carlos Mathias COLTRO; Mário Luiz DELGADO, *Guarda compartilhada*, 2.ª ed., São Paulo, Editora Gen e Método, 2016, pp. 126-128.

CONCLUSÃO

Iniciamos esta fase do trabalho reiterando que, por se tratar de um estudo jurídico, procuramos manter o foco nas ciências jurídicas, mesmo diante da riqueza do tema e da possibilidade de adentrarmos em outras searas da ciência, como a sociológica e psicológica. Além do mais, não tivemos a intenção de analisar as vantagens ou desvantagens da aplicação da guarda compartilhada, mas de contrapor a sua obrigatoriedade ao Princípio do Superior Interesse da Criança.

Antes mesmo de pensarmos nos institutos jurídicos a serem aplicados para as crianças, devemos tê-las como foco principal, reconhecendo que são pessoas humanas em desenvolvimento e analisando as circunstâncias sociais em que elas estão inseridas. Além disso, não podemos ignorar a sua posição enquanto “sujeito”, titulares de direitos fundamentais e de direitos específicos.

Sendo assim, para implantar qualquer modalidade de guarda, devem ser colocados em evidência os interesses particulares das crianças, pois os pais devem ter em mente que nunca existirá um “ex-filho” e eles têm o poder-dever de cuidar, guardar, proteger e acompanhar o seu pleno desenvolvimento, fruto do poder familiar.

Esse poder familiar, por um longo período, foi tratado como “pátrio poder”, baseando-se na supremacia da figura masculina e o principal objetivo era a gerência do patrimônio dos filhos, deixando-se em segundo plano o seu processo educacional. Não podemos esquecer de mencionar que, por um período, acreditou-se que a guarda única deferida à mulher, era considerada o “modelo mais correto”, nomeadamente a partir da aprovação da Lei n.º 6.515/77 (conhecida por Lei do Divórcio).

Ocorre que, o modelo jurídico de família, onde se predominava a “dominação sobre os filhos”, foi-se revelando insuficiente frente às significativas transformações sociais (como por exemplo: o ingresso das mulheres no mercado de trabalho proporcionou a “obrigação” de os homens dividirem as atribuições domésticas e auxiliarem na criação dos filhos) e alcançou um novo sentido, qual seja, a necessidade de reconhecer a “proteção dos filhos”.

A Constituição Federal de 1988 foi responsável por quebrar paradigmas e concretizar a ruptura do unitarismo familiar codificado, abrindo espaço para priorizar todos os sujeitos do núcleo familiar, respeitando, democraticamente, as opiniões das pessoas e respaldando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A busca pela felicidade e pela satisfação afetiva nos relacionamentos passou a ser prioridade na família contemporânea, ficando para trás a ideia da indissolubilidade conjugal imposta pelo Estado.

Tanto é que, ao longo dos anos, percebeu-se um significativo aumento nas ações de divórcio, separação judicial e dissolução de união estável.

Quando existem filhos, a necessidade de ajustes não diz respeito apenas à esfera patrimonial e à divisão de corpos entre o casal. A relação paterno-filial não deve sofrer alterações, até porque o poder familiar persistirá em relação aos filhos, independentemente da relação conjugal dos pais.

Dentre vários Princípios que foram constitucionalizados pela Constituição Federal de 1988, encontra-se o da Igualdade entre homens e mulheres. Esse Princípio também afetou as relações familiares, *inclusive*, o exercício do poder familiar e da guarda dos filhos menores, pois não mais se admite desigualdade entre os pais.

O Princípio do Superior Interesse da Criança também foi constitucionalizado no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição de 1988. Isso se deu por influência de vários instrumentos jurídicos internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Declaração Universal dos Direitos da Criança e da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. Associado a esse Princípio, a Constituição estabeleceu a teoria da proteção integral da criança, reconhecendo que a família, a sociedade e o Estado têm deveres a cumprir em relação às crianças.

Os instrumentos legais não definem um conceito fechado para esse Princípio, deixando seu conteúdo aberto para aplicação em todos os casos que envolvam as crianças, seja de forma direta ou indireta. Sendo assim, a doutrina e a jurisprudência têm uma importante ferramenta de defesa das crianças para fundamentar suas posições (e decisões), analisando os reais interesses delas.

Concordamos com a ideia predominante na doutrina e na jurisprudência que considerara que os Princípios (em especial, o do Interesse Superior da Criança) devem ser conceitos abertos para que não restrinjam a sua abrangência e, na aplicação deles, o mais importante é distinguir qual sua utilidade prática em defesa dos reais destinatários. Não podemos esquecer que a tomada de qualquer decisão relativa às crianças poderá ser motivo de novos conflitos e impasses.

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece que a sua interpretação deve levar em consideração as condições e peculiaridades das crianças e dos adolescentes como pessoas em desenvolvimento (Art. 6.º). Além do mais, deve-se garantir o respeito pelos seus interesses, pois eles gozam de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, assegurando-lhes todas as oportunidades e facilidades para respeitar a condição de pessoas em desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social (Art. 3.º).

Da jurisprudência analisada e citada no presente trabalho, todas as decisões são fundamentadas nos interesses das crianças, de forma que podemos observar o cuidado que o

judiciário vem tendo para proteger os interesses das crianças nos processos que envolvem a atribuição de sua guarda, independentemente do modelo adotado.

Concordamos também com o posicionamento de que a guarda compartilhada é a melhor modalidade de guarda de filhos, pois eles terão a oportunidade de conviverem efetivamente com ambos os genitores. Além do mais, a guarda compartilhada não deixa de lado as perdas que as crianças sofrem com a separação dos pais. Pelo contrário, busca-se atenuar o impacto negativo dessas perdas e tenta manter-se os dois genitores envolvidos na criação, formação e educação dos filhos menores.

Não podemos esquecer que a noção desse tipo de guarda surgiu do desequilíbrio dos direitos parentais e de uma cultura que deve colocar no centro das relações familiares o interesse de privilegiar a criança, deixando de lado o privilégio de um dos cônjuges e reorganizando as relações entre pais e filhos no seio familiar.

O legislador brasileiro teve as melhores intenções quando considerou a possibilidade de os genitores chegarem a um acordo com relação à guarda dos filhos. *Inclusive* estabelece que o juiz tente conciliar ou mediar a celebração desse acordo para preservar a relação paterno-filial. Entretanto, nem todos os genitores conseguem compreender a importância dessa relação e colocam em evidência os seus interesses pessoais ou os problemas conjugais.

Como referimos, o compartilhamento da guarda dos filhos surgiu legalmente no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei n.º 11.698/08, mas esse modelo já vinha sendo praticado, em casos isolados, por acordo entre os genitores e por determinação judicial. A referida Lei alterou o Código Civil para estabelecer que a guarda compartilhada fosse considerada a modalidade preferencial e que deveria ser aplicada “sempre que possível”.

Pelos dados do IBGE, citados neste trabalho, percebemos que as mudanças não foram significativas para aumentar a aplicação da guarda compartilhada. *Inclusive* a própria jurisprudência deixou de aplicar essa modalidade sob o argumento de que a redação legislativa deixava clara a possibilidade de a aplicar ou não.

Com esses fundamentos, foi apresentado ao Congresso Nacional um Projeto de Lei que, após aprovação, se tornou a Lei n.º 13.058/14. Essa Lei deu nova redação do §2.º do Art. 1.584 e a modalidade da guarda compartilhada passou a ser obrigatória, pois o legislador estabelece que ela seja aplicada, mesmo quando não houver acordo entre os pais e ambos estiverem aptos a exercer o poder familiar. A exceção é quando um dos genitores declarar ao magistrado que não tem desejo no exercício da guarda do filho.

Ocorre que, através da obrigatoriedade de qualquer modalidade de guarda, corre-se o risco de aplicar a legislação sem respeitar o Princípio do Superior Interesse da Criança, pelo simples fato de se “ser obrigado” a cumprir o que está positivado. Esse tipo de atitude omite a análise das peculiaridades de cada caso (desrespeitando o Art. 6.º do ECA), possibilitando que venham a agravar-se alguns problemas práticos que interfiram no desenvolvimento dos filhos daquele núcleo familiar.

Em outras palavras, consideramos que, partindo da ideia de que os interesses dos filhos devem ser sempre preservados, desconfiamos que a obrigatoriedade da guarda compartilhada (ou de qualquer outra modalidade) possa gerar maiores dissabores aos filhos, pois, muitas vezes, eles já estão fragilizados por constantes desavenças e desentendimentos entre os seus genitores e serão obrigados a continuar convivendo com isso.

Cumpre-nos ressaltar que essa modalidade de guarda permite que a criança resida no domicílio de um dos genitores ou alternadamente com os dois, desde que seja garantido o direito de ambos intervirem nas questões de particular importância da vida dos seus filhos. Com isso, será necessário que os pais mantenham um contato entre si para ajustar essa convivência.

Ocorre que esse contato nem sempre acontece de forma harmônica. Com isso, não se pode consentir a aplicação “cega da norma” para obrigar à atribuição da guarda compartilhada. Precisamos atentar para a real situação do filho no contexto da dissolução daquele núcleo familiar, de forma que os juízes têm o dever de verificar se a aplicação da guarda compartilhada fará respeitar os interesses das crianças naquele caso concreto.

Nas relações entre pais e filhos, o mais importante é que os deveres de criar, educar e assistir os filhos sejam efetivados por ambos os pais, assim como preconiza o art. 229 da Constituição Federal. Somente analisando o caso concreto é que nos aproximaremos do real cumprimento do Princípio do Superior Interesse da Criança, pois o uso arbitrário de uma modalidade de guarda possivelmente não compreenderá as peculiaridades e necessidades individuais das crianças.

É nesse sentido que nos parece ser mais correta a “possibilidade” da aplicação da guarda compartilhada do que a sua “obrigatoriedade”. Sendo assim, a melhor redação para o §2.º do Art. 1.584 do CC seria “Quando não houver acordo entre os pais quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercê-la, poderá ser aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar que não a quer exercer”.

Justificamos esse posicionamento porque o termo “poderá ser aplicada” remete-nos para a ideia de possibilidade e melhor respeita o Princípio do Superior Interesse da Criança, pois não obriga

os magistrados a aplicarem uma modalidade de guarda impondo à criança uma convivência que não trará benefícios.

Pelo contrário, com o uso desse termo, eles terão a oportunidade de fazer respeitar esse Princípio e de garantir uma melhor proteção para as crianças a partir da análise das peculiaridades de cada caso, assim como já vem aplicando a jurisprudência estudada e citada neste trabalho.

Não podemos esquecer que dificilmente o comportamento litigante dos pais cessará com a imposição do compartilhamento da guarda dos filhos. Além do mais, a Lei desconsidera os casos em que tenha ocorrido violência entre pais e filhos ou que já tenha existido negligência de um dos genitores com os filhos. Esses tipos de situação não são detectados numa análise genérica.

Neste sentido, concordamos com o Projeto de Lei n.º 2.491/19, que tramita no Congresso Nacional, a fim de acrescentar que o risco de violência doméstica ou familiar deve ser causa impeditiva de deferimento de guarda compartilhada, conforme referimos no final do tópico 4, do capítulo III.

Ressaltamos ainda que, pela sugestão que apresentamos da redação para o §2.º do Art. 1.584 do CC, consideramos a possibilidade de os pais estarem aptos a exercer a guarda do filho, diferente da atual redação que considera a aptidão dos pais para o exercício do poder familiar. Ora, conforme já demonstramos, o poder familiar é mais amplo e não pode ser confundido com a guarda, pois, mesmo que a guarda seja deferida a um genitor, o exercício do poder familiar continuará a ser da responsabilidade dos dois genitores. A exceção será quando ocorrer restrição ou perda desse poder, nos termos da legislação civil.

Uma última sugestão é que deveria ser acrescentado um parágrafo (§6.º) ao Art. 1.584 do CC, para permitir a manifestação dos filhos, pois eles são os principais interessados no deferimento da guarda e não podem ser privados de manifestação sobre a futura convivência com seus genitores. Não estamos aqui referindo que os filhos deveriam ter o poder de decidir com qual genitor querem ficar, mas que seja escutada a sua posição, respeitando-se o seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão.

No Brasil, existe no ECA (precisamente no §1.º do Art. 28) a previsão da manifestação das crianças ou adolescentes nos processos em que eles serão colocados em família substituta, oportunidade em que eles serão previamente ouvidos por equipe interdisciplinar, respeitando-se o estágio de desenvolvimento e grau de compreensão deles e terão suas opiniões devidamente consideradas.

Além do mais, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil, estabelece que os Estados Partes devem assegurar a manifestação das crianças para expressarem suas opiniões

livremente sobre os assuntos relacionados com elas, seja diretamente ou seja por intermédio de um órgão apropriado (Art. 12).

A nossa humilde sugestão é que as crianças também sejam ouvidas nos processos em que esteja se discutindo a modalidade de guarda a ser adotada pelos pais, pois os filhos são os maiores interessados nesses processos e isso poderia diminuir os danos causados a eles e, ao mesmo tempo, auxiliar os juízes na aplicação do modelo de guarda. Entendemos que a decisão do juiz estará mais próxima da realidade da criança quando lhe for dada a oportunidade de expressar sua posição, principalmente através de uma equipe interdisciplinar treinada e preparada para identificar os seus sentimentos.

Dai, portanto, a necessidade de os juízes contarem com equipe interdisciplinar (pedagogos, psicólogos, assistentes sociais, por exemplo) para auxiliá-los na instrução dos processos dessa natureza e contribuindo para o atendimento das reais necessidades das crianças e favorecendo o seu saudável desenvolvimento.

Por fim, ao longo do desenvolvimento desse trabalho, pela doutrina e jurisprudência estudada, podemos concluir que a obrigatoriedade da guarda compartilhada fere o Princípio do Superior Interesse da Criança, a partir do momento que não se possibilita a análise das peculiaridades de cada caso, pois as decisões que envolvam as crianças devem ser proferidas com cautela e prudência. Além do mais, corre-se o risco de obrigar a criança a viver numa situação que não lhe é favorável e que não respeita os seus interesses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEL, Ana Carolina Silveira, *Guarda compartilhada: um avanço para a família*, 2.^a ed., São Paulo, Atlas, 2010.

ALCÂNTARA, Malu Moreira, *Guarda conjunta: um estudo comparado luso-brasileiro*, 2017, disponível para consulta em http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/3207/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Malu_Moreira_Alcantara.pdf (consultado em 11-05-2019).

ALDERSON, Priscilla, *Young Children's Rights: exploring beliefs, attitudes, principles and practice*, London, Jessica Kingsley Publishers, 2000.

ALEXANDRINO, José Melo, "Os Direitos das crianças – linhas para uma construção unitária", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, I, 2008, disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-de-melo-alexandrino-os-direitos-das-criancas/> (consultado em 29-05-2019).

ALMEIDA, Felipe Cunha de, *Responsabilidade civil no direito de família: angústias e aflições nas relações familiares*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

ALMEIDA, Susana, e Assis, Zamira de, *Parentalidades sócio-afectiva: Portugal e Brasil*, Coimbra, Almedina, 2012.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do; ROSAS, Roberto; VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso (coord.), *Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins*, São Paulo, Lex Editora, 2005.

AMIN, Andréa Rodrigues, "Doutrina da proteção integral", in Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade MACIEL (coord.), *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, 10.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

ANTÓNIO NETO, Jandira Patrícia, *O instituto do poder paternal, em casos de rutura conjugal: para uma discussão da viabilidade prática do exercício conjunto das responsabilidades parentais, na perspectiva do interesse do menor*, dissertação de mestrado, Lisboa, Universidade Autônoma de Lisboa, 2014.

BARBOZA, Heloísa Helena, “O Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente”, in Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), *A família na travessia do milênio*, Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2000, pp. 201-214.

BARROSO, Rita Andreia Gomes Ferreira, *Da guarda conjunta na regulação do exercício das responsabilidades parentais*, 2017, disponível para consulta em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/51899/1/Rita%20Andreia%20Gomes%20Ferreira%20Barros%20o.pdf> (consultado em 18-05-2019).

BELEZA, Teresa Pizarro; ANJINHO, Teresa Moura, “Igualdade de gênero na Europa”, in *Portugal e a Europa: dicionário*, Lisboa, Tinta de China, 2001, p. 335-351.

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A criança e a família – uma questão de direito (s)*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

BOTELHO, João, *Regulação das responsabilidades parentais*, Lisboa, Nova Causa, 2015.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez, *Lições de Direito de Família*, Coimbra, Almedina, 2018.

CARBONERA, Silvana Maria, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, entrevista, *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 14, 2003.

CHAMBERS, Patrícia Pimentel de Oliveira, *Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

COELHO, Crislaine Miele Barreto; MOURA, Elizana Rodrigues de, *Guarda compartilhada: uma visão interdisciplinar dos aspectos positivos e negativos*, s/d, disponível para consulta em http://elizanarodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/111669185/guarda_compartilhada-umavisao-interdisciplinar-dos-aspectos-positivos-e-negativos (consultado em 09-02-2019).

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Direito da família*, vol. 1, 5.^a ed., Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coords.), *Guarda compartilhada*, 2.^a ed., São Paulo, Método, 2016.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato, *Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro*, dissertação de mestrado, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

COMEL, Denise Damo, *Do poder familiar*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS, *Direitos humanos – cidadania e igualdade*, Estoril, Príncípiã, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 12.^a ed. São Paulo, Saraiva, 2019.

CURY, Munir, *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, 12.^a ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2013.

DIAS, Cristina, “A criança como sujeito de direitos e o poder de correcção”, *Julgar*, n.º 4, 2008, pp. 87-101.

DIAS, Maria Berenice, *A evolução da família e seus direitos*, s/d, disponível para consulta em http://www.mariaberenice.com.br/uploads/7_a_evolu%E7%E3o_da_fam%Edlia_e_seus_direitos.pdf (consultado em 09-02-2019);

–, *Manual de direitos das famílias*, 4.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016;

DIGIÁCOMO, Murilo José, *Breves considerações sobre a nova “Lei nacional de adoção”*, s/d, disponível para consulta em http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/adocao/breves_consideracoes.doc (consultado em 11-06-2019).

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier, “Os deveres intrínsecos ao poder familiar e a responsabilidade dos pais pelo descumprimento” in Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ, *Direito em debate*, ano XIX, n.º 33, Ijuí, 2010, pp. 137-165.

DUARTE-FONSECA, António Carlos; SILVA, José Pereira da; MARQUES, Maria Emília; MARTINS, Noberto, *Direitos das crianças e jovens – actas*, Lisboa, Instituto superior de psicologia aplicada, 2008.

FACHIN, Luiz Edson, *Elementos críticos do direito da família*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999;

–, *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2012.

FALCÃO, Marta; SERRA, Miguel Dinis Pestana; TOMÁS, Sérgio Tenreiro, *Direito da família: da teoria à prática*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011.

FELCA, Naul Luiz, “Constituição de 1988: divisor d’águas da infância e juventude”, in Ives Granda MARTINS e Francisco REZEK (coord.), *Constituição federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 819-841.

FERNANDES, Nádía Jerónimo Pereira Bastos, *A criança perante o litígio na regulação das responsabilidades parentais*, dissertação de mestrado, Braga, Uminho, 2015.

FERREIRA, Verônica de A. da Motta Cezar; MACEDO, Rosa Maria Stefanini de, *Guarda compartilhada: uma visão psicojurídica*, Porto Alegre, Artmed, 2016.

FIALHO, Antonio José; VILARDO, Maria A. Tedesco, “Alienação Parental: quando o amor dá direito ao ódio”, *Revista do CEJ*, n.º 15, 2011.

FREITAS, Douglas Phillips, *Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar*, Florianópolis, Conceito editorial, 2009.

GARCIA, José Diogo Leite, *Guarda compartilhada*, Bauru, Edipro, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Manual de direito civil*, São Paulo, Saraiva, 2017.

GOMES, Joana Salazar, *O superior interesse da criança e as novas formas de guarda*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.

GOMES, Ana Sofia da Silva, *Direitos das crianças: novos regimes nacionais e direito transnacional*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2018;

–, *Responsabilidades parentais*, 3.^a ed., Lisboa, Quid Juris, 2012;

–, *Responsabilidades parentais internacionais: em especial na União Europeia*, Lisboa, Quid Juris, 2014.

GONÇALVES, Bárbara Filipa Baptista, *O exercício das responsabilidades parentais*, dissertação de mestrado, Coimbra, FDUC, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro – direito de família*, 14.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

GUERRA, Paulo; BOLIEIRO, Helena, *A criança e a família: uma questão de direito(s) - visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

GRISARD FILHO, Waldyr, *Guarda Compartilhada: um novo conceito de responsabilidade parental*, 8.^a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

HOLANDA, Gabriela Ferreira Pinto de; ÁVILA, Flávia de, “A importância do pacto de San José da Costa Rica para a proteção das brasileiras”, *Revista de Direito de Família e Sucessão*, vol. 3, n.º 1, jan./jun., 2017, pp. 74-90.

HONDSON, David, *A practical guide to internacional family law*, Bristol, Jordan Publishing Limited, 2008.

HOSTMAELINGEN, Njal, *Direitos humanos num relance*, Lisboa, Edições Sílabo, 2016.

IBGE, *Estatística do registro civil 2013*, vol. 40, Rio de Janeiro, 2013, disponível em para consulta https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2013_v40.pdf (consultado em 24-09-2019);

–, *Estatística do registro civil 2017*, vol. 44, Rio de Janeiro, 2017, disponível para consulta em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf (consultado em 11-06-2019).

KRETER, Mônica Luiza de Medeiros, *Conflitos interfamiliares de guarda e o princípio do melhor interesse: uma associação possível*, Rio de Janeiro, Pontifícia Universidade Católica, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira, *Estudos de Direito de Família e pareceres de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2011;

–, *Famílias Monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço, “Guarda compartilhada: a mediação como instrumento para a construção de um acordo parental sustentável”, in Antônio Carlos Mathias COLTRO; Mário Luiz DELGADO, *Guarda compartilhada*, 2.ª ed., São Paulo, Editora Gen e Método, 2016, pp. 121-136;

–, *Guarda dos filhos: os conflitos no exercício do poder familiar*, São Paulo, Atlas, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, “As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro”, *Revista da escola da magistratura do Estado de Rondônia*, n.º 14, 2016, pp. 37-52;

–, *Do poder familiar*, 2006, disponível para consulta em <https://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar> (consultado em 10-02-2019).

LUZ, Patrícia Medianeira da, *Lei 13.058/2014 e a obrigatoriedade da guarda compartilhada: respeito ao princípio do melhor interesse da criança?*, s/d, disponível para consulta em <http://fames.edu.br/jornada-de-direito/anais/9a-jornada-de-pesquisa-e-8a-jornada-em-extensao-do-curso-de-direito/artigos/meios-alternativos-de-resolucao-dos-conflitos-mediacao-arbitragem-e-praticas-restaurativas/e3-10.pdf> (consultado em 24-09-2019).

MACHADO, Ricardo Bastos, *Aspectos da nova guarda compartilhada: (Lei n.º 13.058, de 22.12.2014)*, Passos, Gráfica e Editora São Paulo, 2015.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*, 10.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf, *Guarda compartilhada: física e jurídica*, 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016.

MADALENO, Rolf, *Direito de família*, 7.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes, *Síndrome da alienação parental: importância da detecção*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *Novas modalidades de família na pós modernidade*, tese de doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freias Dabus; MALUF, Carlos Alberto Dabus, *Curso de direito de família*, São Paulo, Saraiva, 2013,

MARTÍN, Marcela Acuña San, “Interés superior del niño: hacia el abandono de los estereotipos en las decisiones de cuidado”, in Regina Beatriz Tavares SILVA (coord.), *Família e pessoa: uma questão de princípios*, São Paulo, Saraiva, 2018, pp. 496-518.

MARTINS, Ives Gandra, “Da família, da criança, do adolescente e do idoso”, in Ives Gandra MARTINS e Francisco REZEK (coord.), *Constituição federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, pp. 767-789.

MEDINA, Maria do Carmo, *Direito de família*, Lisboa, Escolar Editora, 2015.

MEDINA, Graciela, “Principios generales em materia de derecho de familia en el derechos supracional de los derechos humanos y en el derecho positivo argentino”, in Regina Beatriz Tavares SILVA (coord.), *Família e pessoa: uma questão de princípios*, São Paulo, Saraiva, 2018, pp. 358-385.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3.^a ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

MELO, Helena Gomes de, *Poder paternal e responsabilidades parentais*, 2.^a ed., Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, 2010.

MESSIAS, Patrícia Melo, *Guarda compartilhada como expressão do princípio constitucional do melhor interesse da criança*, Maceió, EDUFAL, 2015.

MIRANDA, Jorge, *Direitos fundamentais*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2017.

MONTE, Mario Ferreira; BRANDÃO, Paulo de Tarso (coord.), *Direitos humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade: debate luso-brasileiro*, Curitiba, Juruá, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de direito civil – direito de família*, 32.^a ed., vol. 2, 1995.

MORAIS, Maria Celina Bondin de, “A família democrática”, *Anais do V congresso brasileiro de direito de família*, 2006, pp. 613-640.

MOREIRA, Sônia, “A autonomia do menor no exercício dos seus direitos”, *Scientia Iuridica*, Tomo 50, n.º 291, 2001.

MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino, *Compreender direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

MUJALLI, Walter Brasil, *Ação de alimentos: doutrina e prática*, 2.^a ed., Leme, Imperium Editora, 2009.

NASCIMENTO, Meirilane Santana, *Guarda compartilhada: a busca do superior interesse para a criança e o adolescente*, 2011, disponível para consulta em http://www.conteudo_juridico.com.br/artigo,guarda-compartilhada-a-busca-do-superior-interesse-paraacrianca-e-o-adolescente,33667.html (consultado em 23-09-2019).

NUCCI, Guilherme de Souza, *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016.

OLIVEIRA, Guilherme de, “Transformações do direito da família”, in *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 763-779.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de, *Guarda compartilhada: comentários à lei n.º 11.696/08*, Rio de Janeiro, Espaço Jurídico, 2008.

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira, *Memória legislativa do código civil*, vol. 4, Brasília, Senado Federal, 2012.

PEREIRA, Áurea Pimentel, *Guarda de filho menor: doutrina e jurisprudência*, São Paulo, Lumen Juris, 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, 3.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2016;

—, “Responsabilidade civil por abandono afetivo”, *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, vol. 14, n.º 29, 2012, pp. 5-19.

PEREIRA, Tânia da Silva, *Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 16.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque, *Guarda compartilhada: de acordo com a Lei n.º 11.698/08*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.

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

RODRIGUES, Sílvio, *Direito civil*, vol. 6, 28.^a ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

RODRIGUEZ, Samara, *Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada*, s/d, disponível para consulta em <http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dostipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guardacompartilhada-e-aguarda-alternada?ref=home> (consultada em 10-05-2019).

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

–, *Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes*, Salvador, Editora JusPodivm, 2018

SANTANA, Carla Rodrigues, “O exercício do poder familiar após o desenlace conjugal por meio do instituto denominado guarda”, *Videre*, ano 3, n.º 5, jan/jun, 2011, pp. 189-215.

SANTINI, Cristine, “O cuidado na preservação dos interesses de menores – guarda, alienação parental e mediação”, in Tânia da Silva PEREIRA; Guilherme de OLIVEIRA; Antônio Carlos Mathias COLTRO (coord.), *Cuidado e afetividade: projeto Brasil/Portugal -2016/2017*, São Paulo, Atlas, 2017.

SILVA, Ana Maria Milano, *A lei sobre guarda compartilhada*, 4.^a ed., Leme, Jhmizuno, 2014.

SILVA, Denise Maria Perissini da, *Guarda compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?*, 2.ª ed., Campinas, Armazém do Ipê, 2011.

SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais: a guarda compartilhada*, Lisboa, Petrony, 2016.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (coord.), *O direito e as pessoas vulneráveis na contemporaneidade*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da, *Guarda compartilhada na legislação vigente e projetada*, s/n, disponível para consulta em <http://reginabeatriz.com.br/guarda-compartilhada-na-legislacao-vigente-e-projetada> (consultado em 10-01-2019).

SIMÃO, José Fernando, *Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas*, 2015, disponível para consulta em <https://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas> (consultado em 31-05-2019).

SOARES, Luísa Ducla, *Os Direitos das crianças*, Porto, Porto Editora, 2018.

SOBRAL, Mariana Andrade, *Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares*, s/d, disponível para consulta em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8400 (consultado em 09-01-2019).

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulamentação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016;
–, *Temas de direito das crianças*, Coimbra, Almedina, 2014.

STRENGER, Guilherme Gonçalves, *Guarda dos filhos*, São Paulo, Saraiva, 1998.

TARTUCE, Flávio, *Direito civil: direito de família*, 12.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.

TAVARES, Regina Beatriz (coord.), *Código civil comentado*, 8.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, *Família, guarda e autoridade parental*, 2.^a ed., São Paulo, Renovar, 2009.

URAGUE, Michele Andressa, *A Guarda Compartilhada obrigatória à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança*, 2016, disponível para consulta em <https://juridicocerto.com/p/advmicheleurague/artigos/a-guarda-compartilhada-obrigatoria-a-luz-do-principio-do-melhor-interesse-da-crianca-2328> (consultado em 22-09-2019).

VASCONCELOS, Ana, “Do cérebro à empatia. Do divórcio à guarda partilhada com residência alternada”, *A tutela cível do superior interesse da criança – tomo 1*, Centro de Estudos Judiciários, 2014, pp. 493-507.

JURISPRUDÊNCIA:

Acórdão do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º: 60265, Relator: Ministro Eloy da Rocha, 3.^a turma, Data do Julgamento: 12-05-1967, disponível para consulta em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=157902> (consultado em 16-09-2019).

Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.º: 1355506/SP, Relator: Ministro Raul Araújo, Data do Julgamento: 12-02-2019, 4.^a turma, disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?Componente=ATC&sequencial=90787648&num_registro=201802224232&data=20190226&tipo=5&formato=PDF (consultado em 13-03-2019);

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.º: 967.017 - RJ (2016/0213299-7), Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 21-11-2017, 4.^a turma, disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78645329&num_registro=201602132997&data=20171123&tipo=5&formato=PDF (consultado em 21-09-2019);

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO N.º: 160.102/SC, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 14-05-2019, 2.^a seção, disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801976550&dt_publicacao=16/05/2019 (consultado em 11-06-2019);

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA N.º: 94.250-MG – 2008/00049527-8, Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior, Data do Julgamento: 11-06-2008, 2.^a seção, disponível para consulta em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=>

[ATC&sequencial=3975093&num_registro=200800495278&data=20080822&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3975093&num_registro=200800495278&data=20080822&tipo=5&formato=PDF)

(consultado em 11-06-2019);

HABEAS CORPUS N.º: 487143, SP 2018/0346894-0, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 28-03-2019, 4.^a turma, disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=95253136&num_registro=201803468940&data=20190513&tipo=5&formato=PDF (consultado em 05-06-2019);

RECURSO ESPECIAL N.º: 1.159.242 - SP 2009/0193701-9, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 24-04-2012, disponível para consulta em https://bdjur.stj.jus.br/ispui/bitstream/2011/100798/Julgado_1.pdf (consultado em 10-04-2018);

RECURSO ESPECIAL N.º: 1.417.868 – MG 2013/0376914-2, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data do julgamento: 10-05-2016, 3.^a turma, disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60906217&num_registro=201303769142&data=20160610&tipo=5&formato=PDF (consultado em 21-09-2019);

RECURSO ESPECIAL N.º: 1.629.994 - RJ (2015/0223784-0), Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 06-12-2016, 3.^a turma, disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=66229243&num_registro=201502237840&data=20161215&tipo=5&formato=HTML (consultado em 21-09-2019);

RECURSO ESPECIAL N.º: 1.707.499 - DF 2017/0282016-9, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator para o Acórdão: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data do julgamento: 09-04-2019, 3.^a turma, disponível pra consulta em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> (consultado em 19-08-2019);

RECURSO ESPECIAL N.º: 1.773.290 - MT (2018/0267135-4), Relator: Ministro Aurélio Bellizze, Data do julgamento: 21-05-2019, 3.^a turma, disponível para consulta em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> (consultado em 18-09-2019);

RECURSO ESPECIAL N.º: 1251000 MG 2011/0084897-5, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 23-08-2011, 3.^a turma, disponível para consulta em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj> (consultado em 15-09-2019);

RECURSO ESPECIAL N.º: 916350-RN 2007/0002419-2, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 11-03-2008, 3.^a turma, disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3681961&num_registro=200700024192&data=20080326&tipo=5&formato=PDF (consultado em 07-06-2019);

RECURSO ESPECIAL N.º: 964836 BA 2007/0151058-1, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 02-04-2009, 3.^a turma, disponível para consulta em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4726863&num_registro=200701510581&data=20090804&tipo=5&formato=HTML (consultado em 21-09-2019).

Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º: 70025244955, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Data do Julgamento em 24-09-2008, 7.^a Câmara Cível, disponível para consulta em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70025244955%26num_processo%3D70025244955%26codEmenta%3D2533431+art.+1584+codigo+civil++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70025244955&comarca=Camaquã&dtJulg=24/09/2008&relator=André%20Luiz%20Planella%20Villarinho&aba=juris (consultado em 07-06-2019);

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º: 70062288584, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data do Julgamento: 17-12-2014, 7.ª Câmara Cível, disponível para consulta em: <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia> (consultado em 18-09-2019);

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º: 70077944403, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Data do Julgamento: 26-09-2018, 7.ª Câmara Cível, disponível para consulta em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70077944403%26num_processo%3D70077944403%26codEmenta%3D7937379+%22guarda+alternada%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70077944403&comarca=Comarca%20de%20Canoas&dtJulg=26/09/2018&relator=Sandra%20Brisolara%20Medeiros&aba=juris (consultado em 12-06-2019);

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º: 70079729018, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data do Julgamento: 21-03-2019, 8.ª Câmara Cível, disponível para consulta em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70079729018%26num_processo%3D70079729018%26codEmenta%3D8153552+guarda+excepcionalmente+a+terceiros++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70079729018&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=21/03/2019&relator=Luiz%20Felipe%20Brasil%20Santos&aba=juris (consultado em 13-06-2019);

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º: 70080239924, Relatora: Sandra Brisolara Medeiros, 7.ª Câmara Cível, Data do Julgamento: 27-03-2019, disponível para consulta em https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692037541/agravo-de-instrumento-ai-7008_0239924-rs?ref=serp (consultado em 28-05-2019);

AGRAVO INTERNO N.º: 70013943881, Relator: Rui Portanova, Data do Julgamento: 09-02-2006, 8.ª Câmara Cível, disponível para consulta em https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php (consultado em 07-06-2019)

APELAÇÃO CÍVEL N.º: 70058335076, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data do Julgamento: 22-05-2014, disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121132827/apelacao-civel-ac-70058335076-rs/inteiro-teor-12113283-7?ref=juris-tabs> (consultado em 31-05-2019);

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO N.º: 70077311645, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data do Julgamento: 25-04-2018, 7.^a Câmara Cível, disponível para consulta em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70077311645%26num_processo%3D70077311645%26codEmenta%3D7721780+%22guarda+alternada%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF8&site=ementario&access=p&oe=UTF8&numProcesso=70077311645&comarca=Comarca%20de%20Santo%20C%82ngelo&dtJulg=25/04/2018&relator=Liselena%20Schifino%20Robles%20Ribeiro&aba=juris (consultado em 12-06-2019).

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa:

PROCESSO N.º: 28114/17.0T8LSB.L1-6, Relator: Maria de Deus Correia, Data do Acórdão: 21-06-2018, disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/af409e059f0ccaf1802582cf003512ec?OpenDocument&Highlight=0,responsabilidades,parentais,acordo,n%C3%A3o,homologado> (consultado em 02-08-2019);

PROCESSO N.º: 670/16.8T*AMD.L1-2, Relator: Ondina Carmos Alves, Data do Acórdão: 12-04-2018, disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9fb53ddaf20154a4802582a4004dc961?OpenDocument&Highlight=0,responsabilidades,parentais> (consultado em 01-08-2019).

Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO N.º: 0044409-97.2016.8.19.001, Relator: Desembargador: Carlos Azeredo de Araújo, Data do Julgamento: 03-08-2019, 9.^a câmara cível, disponível para consulta em

<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc= 3954900&PageSeq=0> (consultado em 21-09-2019);

APELAÇÃO N.º: 0113033-09.2013.8.19.0001, Relator: Desembargador Fernando Foch de Lemos Arigony da Silva, Data do Julgamento: 11-09-2019, 3.ª câmara cível, disponível para consulta em <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx? CodDoc=3961116&PageSeq=0> (consultado em 21-09-2019).

Acórdão do Tribunal de Justiça de Goiás:

APELAÇÃO N.º: 0270567-50.2016.8.09.0175. Relator: Desembargador Orloff Neves Rocha, Data do Julgamento: 01-03-2019, 1.ª câmara cível, disponível para consulta em https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=90901038&hash=180791864880216003823469614348684545646&CodigoVerificacao=true (consultado em 23-09-2019).