

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA - ASCES/UNITA
CURSO DE DIREITO

O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA COM A
FINALIDADE DE RESGUARDAR O MELHOR INTERESSE DO
MENOR

GABRIELLA CAROLINE NASCIMENTO SANTOS

CARUARU

2016

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA - ASCES/UNITA
CURSO DE DIREITO

O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA COM A
FINALIDADE DE RESGUARDAR O MELHOR INTERESSE DO
MENOR

GABRIELLA CAROLINE NASCIMENTO SANTOS

Trabalho de Conclusão de curso,
apresentado à Asces/Unita, como
requisito final para obtenção do grau de
bacharela em Direito, sob orientação
da Prof.^a Msc. Renata Lima.

CARUARU

2016

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: __/__/____.

Presidente: Prof.^aMsc. Renata Lima

Primeiro avaliador: Prof.

Segundo avaliador: Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico aos meus pais, que, sobretudo, são minha eterna e inesgotável fonte de inspiração, meu exemplo a seguir; A toda minha família, que sempre foi o meu mantra, meu motivo de maior alegria, meu paraíso na Terra; A Gabriella Freitas, pela disponibilidade incansável em ajudar e pelos momentos de descontração; Por fim, a todos os meus amigos, sem os quais eu não teria conseguido, pelos momentos tristes e felizes que me trouxeram mais forte até aqui.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que me ajudaram a recuperar minha fé em mim mesma, me fazendo acreditar que a minha força de vontade é meu maior combustível e que jamais o meu medo deve se tornar um freio. Agradeço à força superior que rege todas as coisas, aquele a quem chamamos de Deus, por ter me confortado nos meus momentos mais angustiantes e me mostrado que felicidade e bondade podem ser encontradas em coisas simples, como num sorriso ou num abraço, e que não adianta se desesperar: devemos manter a calma.

Agradeço, em especial, a minha: pela lucidez, pelas broncas, pelo carinho, por tomar conta de mim, com a certeza de que ninguém jamais fará melhor ou igual. A painho, por ser esse ser humano sábio, bem-humorado, que deixa a minha vida mais leve, e por ter se oferecido inúmeras vezes para ler meu trabalho e discuti-lo comigo. À minha prima-irmã, Ana Olívia, por tantas coisas, que eu não consigo nem descrevê-las, só quero agradecer por estar presente em todos os momentos e ser uma das minhas maiores incentivadoras. À minha amiga Bruna, por insistir na minha capacidade e pelas vezes que, tão despreziosamente, me ofereceu ajuda (guardo todos os momentos com infinito carinho). À minha família, por todo o apoio e amor, por ser o alicerce sem o qual eu desmoronaria. Aos meus amigos, pela paciência e por me darem provas simples e cotidianas de que “a felicidade só é real quando compartilhada” (Filme *Into The Wild*). À minha incrível orientadora, Renata Lima, que é, para mim, um modelo de paciência, sensibilidade e profissionalismo.

*O casamento é uma instituição moderníssima.
Hoje, nada mais obriga duas pessoas a
estarem juntas, a não ser o amor.*

Wagner Moura

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar os aspectos da guarda compartilhada no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, com destaque à sua aplicação em atenção ao melhor interesse da criança e do adolescente. Não obstante ser um instituto ainda recente, já era utilizado frequentemente pelos pais, frente ao rompimento de sua relação, a fim de preservar o convívio de ambos com a prole. Tal modalidade de guarda possibilita uma maior influência de ambos os genitores na vida dos filhos e um processo de desenvolvimento psíquico mais saudável, bem como é capaz de minimizar e até evitar os efeitos de fenômenos bastante comuns, tais como a alienação parental e o abandono afetivo, decorrentes da quebra da coabitação. É nesse sentido que o estudo aborda o tema em análise, sob o enfoque de que o menor possui o direito de receber influências paternas e maternas de maneira equilibrada em sua formação e reconhecendo que os genitores estão sobre o mesmo patamar de equivalência de direitos e deveres inerentes à filiação. Nesse panorama, buscou-se enfatizar as alterações no Código Civil decorrentes do advento da Lei nº 13.058 de 2014, que disciplinou o instituto da guarda compartilhada e tornou a modalidade regra, nas questões que envolvem guarda de menores, assim como foi realizada pesquisa bibliográfica em livros, artigos publicados em periódicos, jurisprudência e demais legislações pertinentes ao tema.

Palavras-chave: Guarda. Guarda Compartilhada. Poder Familiar. Princípio do Melhor Interesse do Menor. Direito de Família.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. DO PODER FAMILIAR.....	10
1.1. Evolução do Pátrio Poder ao Poder Familiar	10
1.2. Direitos e Deveres da Filiação	13
1.3. Suspensão, Destituição e Extinção do Poder Familiar.....	17
2. DA GUARDA	20
2.1. Alguns dos Princípios Basilares do Direito de Família	20
2.1.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	21
2.1.2. Princípio da Igualdade	22
2.1.3. Princípio da Afetividade	24
2.1.4. Princípio da Proteção Integral a Crianças e Adolescentes	25
2.1.5. Princípio do Melhor Interesse do Menor	25
2.2. Breve Panorama Histórico e Conceitual do Instituto da Guarda	28
2.3. Modalidades de Guarda	34
2.3.1. Guarda Unilateral	35
2.3.2. Guarda Compartilhada	36
3. DA APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA	39
3.1. Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro	39
3.2. O Advento da Lei nº 13.058/14	41
3.2.1. Comparativo Entre as Leis nº 13.058/14 e nº 11.698/08	42
3.2.2. Análise Jurisprudencial	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

Coma crescente valorização do ser humano, dentro do contexto de evolução revolucionário do século XX e de consequente implantação da Constituição Federal da República Brasileira, surgiram diversos princípios fundamentais que delinearão todo o ordenamento jurídico brasileiro, cuja expressão máxima se deu através do mais importante de todos eles: o princípio da dignidade humana. Pode-se extrair entendimento que os demais princípios regem-se todos para atender ao princípio da dignidade, eis que se chegou à compreensão de que só se pode alcançar a plenitude com dignidade.

Nesse contexto, os pais foram convocados a participar mais efetivamente da vida dos filhos, não exercendo um poder sobre esta, mas uma responsabilidade de resguardo e o dever de realizar cuidados atinentes à sua prosperidade. Os filhos não mais desempenham o papel de acessórios da vida de seus genitores, pelo contrário, eles são os protagonistas de suas próprias vidas e necessitam de maior atenção, em razão de seu estado de sujeitos em processo de desenvolvimento.

A relevância do presente tema encontra justificativa justamente nas profundas mudanças ocorridas na sociedade, principalmente no âmbito familiar. Tal evolução acabou tendo efeito direto quando do fim dos relacionamentos e o rompimento da coabitação, porque o genitor que não possuía a guarda física acabava por se afastar aos poucos ou ter seu tempo de convívio com a prole consideravelmente diminuído, resultando no rompimento do vínculo familiar e perpetuando uma série de efeitos negativos à sua vida e à vida do filho.

Por essa razão, o instituto da guarda compartilhada surgiu com a finalidade de priorizar os interesses do menor e minimizar os impactos causados pelo esfacelamento da relação e consequente separação dos pais. Tal modelo tende a atingir o objetivo de proporcionar melhores condições de vida para todos os envolvidos nas questões da guarda, mas principalmente para a criança e o adolescente, pois proporciona o cumprimento equilibrado das responsabilidades parentais, entre pai e mãe, e garante maior participação de ambos em todas as decisões da vida do filho.

Para a presente pesquisa, foram utilizadas leis, decisões judiciais, artigos científicos e doutrina, com abordagem sob o método dedutivo de raciocínio, e o estudo foi dividido em três capítulos.

O primeiro capítulo abordou o conceito e os aspectos do poder familiar, antigamente pátrio poder, o qual passou por muitas transformações, deixando de ser a posse que o chefe de família exercia sobre a prole, como se objeto fosse, passando a ser o conjunto de responsabilidades designadas a ambos os genitores, igualmente, com a finalidade de garantir o pleno desenvolvimento de seus filhos.

O segundo capítulo, por sua vez, trata do instituto da guarda, tendo sido realizadas considerações a respeito de seu conceito e sua evolução histórica, bem como foram traçados princípios que estruturam sua base e as modalidades em que se divide.

Por fim, o terceiro capítulo trata especificamente da guarda compartilhada no direito brasileiro e sua aplicabilidade, a justificativa para sua existência, o advento da Lei nº 13.058 de 2014, que atualmente a disciplina e alterou o Código Civil, e jurisprudência que discute o instituto na prática, com ênfase no melhor interesse do menor.

CAPÍTULO I

1. DO PODER FAMILIAR

1.1 Evolução do Pátrio Poder ao Poder Familiar

O poder familiar, no que concerne à sua conceituação, pode ser compreendido, nos dias atuais, como a autoridade exercida pelos pais em relação aos filhos menores, com a finalidade de educar e decidir a respeito de uma gama de questões que envolvem gerir e atender aos melhores interesses dos filhos. Compreende-se por menores os indivíduos que ainda não atingiram a maioridade, ou seja, aqueles que não possuem dezoito anos completos, os quais se dividem em crianças, até os doze anos, e adolescentes, a partir dos doze até os dezoito anos.

Porém, é importante ressaltar que essa conceituação é atual. No Direito Brasileiro, antes de entrar em vigor o Código Civil (CC) de 2002, a expressão utilizada era “pátrio poder”, e esta estava intimamente ligada à sociedade patriarcal que abarcou o Código anterior. Isso porque, o Código Civil de 1916 garantia ao homem, tido como superior na relação conjugal, a prerrogativa de gerir a tutela dos filhos, restando à mulher assumir esta autoridade somente na falta ou impedimento do chefe da família (DIAS, 2011, p. 412).

Como bem ensina Paulo Lôbo (2010, p. 292), “O poder familiar é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos”.

Ainda como leciona DIAS (2015, p. 353):

A expressão “poder familiar” adotada pelo Código Civil corresponde ao antigo pátrio poder, termo que remonta ao direito romano: *pater potestas*– direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos. A conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança. Daí: poder familiar.

A autora é incisiva quando faz menção à concepção machista da expressão “pátrio poder”, por só se reportar ao pai a autoridade exercida em relação aos filhos. Porém, a evolução por que passaram as mulheres, no contexto pessoal e social, foi determinante para o reconhecimento de seus direitos e deveres dentro da sociedade conjugal, bem como no âmbito de criação e educação dos filhos. A figura materna, que era visualizada antes como mera

extensão da autoridade paterna, quando da falta desta, ascendeu de acordo com a chegada da Constituição Federal (CF) de 1988, que concedeu tratamento igualitário ao homem e à mulher. Isso porque a Carta Magna, conhecida por inovar ao trazer em seu texto uma grande abrangência de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, acompanhou o avanço significativo da figura feminina, que ocupava cada vez mais lugares de relevância tanto no campo social, saindo em busca de aperfeiçoamento profissional e realização pessoal, como dentro de suas próprias casas, participando efetivamente de todas as decisões no seio familiar.

As mudanças que sofreu o Direito de Família, em meados do século XX, foram fruto da descentralização do patrimônio nas relações familiares e consequente valorização do ser humano como sujeito dotado de personalidade, em crescente desenvolvimento. A incorporação de uma gama de novos valores pela Constituição Federal foi fundamental na construção dos pilares sobre os quais estão sustentados o Direito de Família como o conhecemos atualmente.

Segundo SumayaSaady (2006, p. 517):

Dessas mudanças valorativas do Direito de Família podem ser extraídos importantes princípios constitucionais implícitos, dentre eles: o da pluralidade de formas familiares, da afetividade e da função serviente da família. Esses princípios implícitos estão presentes em diversas normas inseridas (expressamente) na Constituição.

Em suma, a tutela constitucional passou a se reportar à família não apenas como instituição (a qual era exclusivamente matrimonial, patriarcal e hierarquizada), mas admitiu e reconheceu uma noção bem mais flexível de unidade familiar, pautada principalmente nas relações de afeto e no bem-estar de cada um de seus membros.

No entanto, ainda que a expressão “poder familiar” tenha surgido como uma melhoria da nomenclatura utilizada na legislação, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei nº 8.069 de 1990) ainda trouxe, em seu texto original, o uso da expressão arcaica “pátrio poder”. Apesar de ser uma falha do legislador, o próprio texto do art. 21 do referido diploma legal põe em patamar de igualdade de condições as figuras materna e paterna. Em 2009, com a redação da Lei nº 12.010, que dispõe sobre o instituto da adoção, o legislador fez a devida substituição entre as expressões.

Uma discussão bastante pertinente que surge na doutrina é acerca do uso do termo poder familiar como verdadeiramente adequada. Nas palavras de Gustavo Ferraz (2006, p. 106):

O termo poder familiar vem substituir a antiga expressão pátrio poder. Se de um lado representa um avanço significativo por encerrar em si o reconhecimento da igualdade de poderes e deveres entre os membros do casal, por outro lado continua indicando uma supervalorização dos poderes atribuídos aos pais, em detrimento das responsabilidades que estes devem assumir quando lhes advém prole. Neste sentido, parecem mais acertadas as expressões responsabilidade parental ou responsabilidade familiar.

A crítica levantada pelo autor ao uso do termo considera que, segundo a terminologia das palavras, existiria, na verdade, mais uma relação de poder atribuído aos pais do que os próprios deveres da filiação em si.

Nesse sentido, como se posiciona Lôbo (2010, p. 294):

A evolução gradativa, ao longo dos séculos, deu-se no sentido da transformação de um poder sobre os outros em autoridade natural com relação aos filhos, como pessoas dotadas de dignidade, no melhor interesse deles e da convivência familiar. Essa é sua atual natureza. Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que não se pode fugir. (...) O poder familiar – ou autoridade parental – “assume mais uma função educativa que propriamente de gestão patrimonial, e é ofício finalizado à promoção das potencialidades criativas dos filhos”, onde não é possível conceber um sujeito subjogado a outro.

Portanto, a ideia de “poder” assumiu uma conotação de representatividade, a partir do momento em que se foi desconstruindo a relação de propriedade que existia na filiação. A evidência de que o filho é igualmente uma pessoa humana, detentora do mínimo de dignidade, tal qual seus pais, e não um objeto sobre o qual se exerce a posse e a propriedade, deixou pouco espaço para a relação de poder. O que há, realmente, é uma hierarquização dessas relações, na qual o filho menor, por ainda se encontrar em fase de desenvolvimento, precisa ter seus interesses absolutamente protegidos e ser representado nos atos da vida civil. Porém, não deixando de participar efetivamente das decisões que lhe afetam, e quando da ausência dessa possibilidade, sendo a ele garantida a plena consciência da motivação de tais decisões.

Nesse diapasão, as alterações significativas ocorridas dentro do ordenamento jurídico brasileiro resultaram no tratamento equitativo no que concerne à autoridade do pai e da mãe em relação aos filhos menores, como o dever de gerir sua educação, a exemplo de escolher a instituição educacional que eles frequentarão, bem como representá-los juridicamente, como na hipótese em que um dos pais figura como representante legal em ações nas quais os filhos são autores. Mas também ultrapassa essa esfera, pois tem o condão de assegurar que os pais suportem o encargo de proporcionar aos filhos a proteção dos seus interesses, como garantia

de uma vida plena e digna, como salvaguarda a Constituição, ao mencionar, em seu artigo 227, que:

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

Desse modo, o instituto da guarda compreende a autoridade delegada pelo Estado aos pais que os obriga a zelar pelos interesses dos filhos menores, enquanto pessoas em desenvolvimento.

1.2 Direitos e Deveres da Filiação

Em seu quinto capítulo, o Código Civil de 2002 trata especialmente do poder familiar e dispõe, logo no primeiro artigo do capítulo (art. 1.630 do CC), que “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. No artigo seguinte, ele limita a competência do referido poder aos pais, na constância do casamento ou da união estável, e na falta ou impedimento de um deles, decreta que o outro exercerá tal poder com exclusividade. Ainda no parágrafo único do mesmo artigo (art. 1.631), determina que “Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer um deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

No Código em comento, fica evidente a priorização não só do convívio dos pais com seus filhos menores, como também da responsabilidade daqueles entrarem em acordo quanto ao exercício do poder familiar em relação a estes. É minuciosa a preocupação do legislador em proteger os interesses das crianças e dos adolescentes, a fim de que gozem situação de bem-estar.

O artigo 22 do ECA determina a competência da guarda dos filhos e seus atributos aos pais, bem como põe em patamar de igualdade a responsabilidade materna e paterna:

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

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser

resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

O Estatuto da Criança e do Adolescente converge com o Código Civil na questão da proteção desses direitos, porém, trata em pormenores os deveres da filiação, enquanto a legislação civil se limita a tratar sobre o exercício do poder familiar, conforme explicita Lôbo (2010, p. 296):

Quanto ao direito material, há convergência entre o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente sobre o exercício conjunto pelo pai e pela mãe, com recurso à autoridade judiciária para resolver as divergências. O Estatuto ressalta os deveres dos pais, enquanto o Código Civil opta pelas dimensões do exercício dos poderes.

Desse modo, observa-se nas referidas legislações um princípio implícito, amparado constitucionalmente, que destina aos pais o dever de criar, educar e assistir os filhos menores, para que estes, em contrapartida, atingindo a maioridade, amparem aqueles na velhice, carência ou enfermidade (art. 229 da CF/88).

Partindo desse princípio, a responsabilidade dos pais trata-se de dever indisponível. Entretanto, o próprio Código Civil faz alusão à possibilidade de um ou até mesmo ambos os pais não serem detentores do poder familiar, e dá margem ao aparecimento de uma terceira figura, o tutor, e o Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê hipóteses de extinção, suspensão e destituição do poder familiar. Artigo 1.633 do CC: “O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor”.

Segundo Venosa (2007, p. 292):

Cabe aos pais dirigir a educação dos filhos, tendo-os sob sua guarda e companhia, sustentando-os e criando-os. O poder familiar é indisponível. Decorrente da paternidade natural ou legal, não pode ser transferido por iniciativa dos titulares, para terceiros. Como vimos, os pais que consentem na adoção não transferem o pátrio poder, mas renunciam a ele. Também, indiretamente, renunciam ao pátrio poder quando praticam atos incompatíveis com o poder paternal. De qualquer modo, contudo, por exclusivo ato de sua vontade, os pais não podem renunciar ao pátrio poder. Trata-se, pois, de estado irrenunciável. Cuida-se de condição existencial entre pai e filho.

Sílvio de Salvo Venosa (2007, p. 289) explica que a separação judicial, o divórcio ou até mesmo a dissolução da união estável não enseja a perda do exercício do poder familiar de nenhum dos pais, pois esse exercício é derivado da paternidade e da filiação, e não do casamento ou da união estável.

Maria Berenice Dias (2015, p. 464) destaca, com igual precisão:

A unidade da família não se confunde com a convivência do casal, é um elo que se perpetua independentemente da relação dos genitores.

O exercício do poder familiar não é inerente à convivência dos cônjuges ou companheiros. É plena a desvinculação legal da proteção conferida aos filhos à espécie de relação dos genitores. Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando do divórcio, o que não modifica os direitos e deveres em relação aos filhos (CC 1.579). Também a dissolução da união estável não se reflete no exercício do poder familiar. Em caso de divergência, qualquer um dos pais pode socorrer-se da autoridade judiciária (CC 1.631 parágrafo único).

Contudo, quanto à guarda, esta poderá ser: I – exercida unilateralmente por apenas um dos genitores, sendo assegurado ao outro o direito à convivência de forma equilibrada; II – exercida na modalidade compartilhada; III - concedida a terceiros, diferentemente do poder familiar.

Segundo Dias (2015, p. 464):

A guarda unilateral a um dos genitores só é deferida quando o outro expressamente manifesta o desejo de não exercer a guarda (CC 1.584 §2.º). No entanto, mantém o direito de convivência (CC 1.632). O exercício da guarda não retira e nem limita o poder familiar do genitor não guardião. Na falta ou impedimento de um dos pais, o outro exerce o poder familiar com exclusividade (CC 1.631).

Quando é deferida a guarda a terceiros (CC 1.584 §5.º), ou a criança é colocada em família substituta (ECA 28), ainda assim não se extingue o poder familiar. Os pais não se livram da obrigação alimentar. Nem quando ocorre a suspensão ou a extinção do poder familiar fica o genitor desobrigado de prestar alimentos ao filho.

A título de exemplo, a guarda de uma criança poderá ser concedida aos avós, quando da necessidade dos pais se ausentarem a trabalho por um período prolongado, mas o poder familiar continuaria sendo exercido por eles, pois continuariam gerindo a vida do filho, mesmo que distantes. Portanto, percebe-se que poder familiar e guarda se diferem, no que concerne à titularidade, visto que nem sempre quem detém um possui o outro, e quanto à possibilidade de revogação, em razão de a concessão da guarda poder ser revogada a qualquer momento e o poder familiar não.

Acerca do conteúdo dos “poderes” (compreendidos aqui como deveres inerentes ao pleno exercício do poder familiar) dos pais em relação aos filhos, o Código Civil tratou de elencar um rol com nove incisos, que reforçam o princípio da igualdade do poder de decisão de ambos os pais, em seu artigo 1.634:

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.

A redação desses dispositivos foi alterada pela Lei nº 13.058, de 2014, a qual também incluiu os dois últimos incisos, e foi criada para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada”, bem como para disciplinar a sua aplicação, sendo peça chave no presente trabalho e, por essa razão, será melhor discutida no terceiro capítulo.

Alguns doutrinadores, como DIAS (2015, p. 466) e GAGLIANO; PAMPLONA FILHO (2014, p. 669), fazem uma crítica ferrenha ao último inciso do artigo, que dispõe que aos pais cabe exigirem a prestação de serviços próprios da idade e condição dos filhos, apontando que este vai de encontro ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, eis que se trata da exploração da vulnerabilidade de menores. Tal inciso deve ser considerado à luz da Constituição Federal e do contexto histórico no qual vivemos atualmente, de crescente valorização do ser humano, e sua interpretação deve estar associada à colaboração dos filhos no ambiente familiar e doméstico, sempre que possível e não prejudique sua formação e educação, e nunca à utilização de mão de obra para fins econômicos.

Apesar desse dever de preservação da integridade física, mental e moral dos jovens, a realidade conforme a vivenciamos atualmente ainda é precária e angustiante. É carente o exercício de fiscalização e participação da sociedade e do Estado em prol do bem-estar das crianças e dos adolescentes do país, seja nas escolas, no âmbito dos serviços públicos e até mesmo dentro do próprio seio familiar. Esse cenário ainda é fruto dos resquícios da lógica patrimonialista do século passado, das relações pautadas em submissão e objetificação, que foram transmitidas de pai para filho ao longo dos anos e que criaram raízes tão intrínsecas no subconsciente de pessoas que, antes de se tornarem opressores, exerceram o papel de oprimidos, sofreram abusos e agora os reproduzem. Corroborando com tal raciocínio, as palavras sensatas de Liliane de Carvalho, nome artístico “Negra Li”, na música que compôs

com Alexandre Magno Abrão, mais conhecido como “Chorão”, vocalista e compositor da banda Charlie Brown Jr.:

O que eu consigo ver é só um terço do problema. É o sistema que tem que mudar, não se pode parar de lutar, senão, não muda. A juventude tem que estar afim, tem que se unir. O abuso do trabalho infantil, a ignorância, só faz destruir a esperança. Na TV, o que eles falam sobre o jovem não é sério. Deixa ele viver!

1.3 Suspensão, Destituição e Extinção do Poder Familiar

O Estado pode intervir no exercício do poder familiar dos pais em relação a um ou mais filhos por meio da suspensão ou da perda desse poder, como forma de “sanção civil, grave e de consequências profundas”, segundo as palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p. 672). O intuito não é punir os pais, mas salvaguardar os interesses dos filhos, desviando-os da influência de um ambiente familiar conturbado e danoso ao seu desenvolvimento. Somente por esse motivo, o afastamento do convívio dos pais é solução viável para os casos em que o Poder Público verificar nocividade na manutenção da relação, no que concerne à segurança e à dignidade do filho.

A legislação civil relaciona, em seu artigo 1.635 e seguintes, as hipóteses de extinção, perda e suspensão do poder familiar, bem como confere à autoridade judicial a prerrogativa de, após ter sido provocada pelo Ministério Público (MP) ou por alguma parte que possua legítimo interesse, adotar a medida que lhe pareça mais acertada, devido ao exercício do seu poder geral de cautela, em prol dos interesses do menor, inclusive de seus bens.

Como explica Sílvia de Salvo Venosa, a suspensão é medida menos gravosa do que a destituição, uma vez que tem caráter temporário, e cessados os motivos que a resultaram, o poder familiar poderá ser restabelecido. A suspensão também pode ser total ou parcial, abrangendo todos ou apenas uma das responsabilidades inerentes ao poder familiar, a exemplo do exercício da administração dos bens do menor e do exercício da guarda (2007, p. 301).

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Percebe-se, no artigo em comento, que duas são as hipóteses de causas de suspensão do poder familiar trazidas pelo legislador, no Código Civil de 2002: abuso de autoridade, negligência de seus deveres e dilapidação dos bens dos filhos ou condenação por sentença irrecorrível em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. Frise-se que os deveres inerentes aos pais são abarcados ao longo da legislação, especialmente no ECA e na Constituição Federal de 1988, e não apenas no Código Civil.

A doutrina faz distinção entre a extinção e a perda (destituição) do poder familiar, eis que a extinção se dá nas hipóteses exemplificativas que enumera o Código Civil, quais sejam morte dos pais ou do filho; emancipação; maioridade; adoção ou sentença judicial:

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

Já a perda do poder familiar é “sanção de maior alcance e corresponde à infringência de um dever mais relevante, sendo medida imperativa, e não facultativa” (DIAS, 2015, p. 472), e, por gerar sequelas em face do afastamento da convivência e abalos nos laços afetivos, é medida que deve ser adotada excepcionalmente, apenas depois de esgotadas as tentativas de estabelecer um ambiente sadio para a prosperidade da criança ou do adolescente.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
 I - castigar imoderadamente o filho;
 II - deixar o filho em abandono;
 III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
 IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

A Lei nº 13.010 de 2014 (Lei da Palmada) foi criada e aprovada, alterando o Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel e degradante. Portanto, a redação do inciso I do artigo citado, do modo que se dá, revela uma condescendência ao castigo moderado, de tal forma que afronta o estabelecido na supramencionada lei, e torna-se vil.

No tocante ao segundo inciso do aludido artigo, como constata, com prudência, Venosa (2007, p. 301), “Abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência

material: abrange também a supressão do apoio intelectual e psicológico. A perda poderá atingir um dos progenitores ou ambos”.

Quanto ao inciso III, apreende-se, mais uma vez, a preocupação do legislador em proteger os filhos de qualquer postura moralmente incompatível com seu desenvolvimento, como atesta Maria Berenice (2015, p. 472):

Tanto um rol, quanto o outro não são taxativos, mas meramente exemplificativos. Como deve prevalecer o interesse dos filhos, a postura incompatível dos pais autoriza a destituição do poder familiar, quer por comprometimento com drogas, quer por serem moradores de rua. Há, ainda, outra hipótese: cometido crime doloso contra o filho, punido com pena de reclusão, a perda do poder familiar é efeito anexo da condenação (CP 92 II).

Tanto a suspensão quanto a destituição do poder familiar necessitam de ação judicial para serem conhecidas e julgadas. Como já mencionado anteriormente, o Ministério Público ou qualquer parte que tenha legítimo interesse na demanda pode propor a ação contra um ou ambos os pais, inclusive um genitor em face do outro. O Conselho Tutelar é figura imprescindível nesse momento, mas este não possui legitimidade para propor a ação, somente podendo representar ao Ministério Público para os efeitos determinados, o que é uma de suas competências.

Em face dos aspectos observados, o que deve prevalecer é o melhor interesse do menor, mesmo quando isso significar o afastamento do convívio de sua família biológica, visando a proteção de sua integridade e dignidade, frente a uma realidade de negligência, imprudência ou abandono.

CAPÍTULO II

2. DA GUARDA

2.1. Alguns Princípios Basilares do Direito de Família

A Constituição Federal foi uma verdadeira propulsora no que diz respeito às garantias e aos direitos fundamentais, efetivados por meio dos princípios constitucionais que o texto trouxe em sua extensão, os quais adquiriram também força normativa e “dispõem de primazia diante da lei, sendo os primeiros a ser invocados em qualquer processo hermenêutico” (DIAS, 2015, p. 42).

Nas palavras de DIAS (2015, p. 39):

(...) os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei. Muitas das transformações levadas a efeito são fruto da identificação dos direitos humanos, o que ensejou o alargamento da esfera de direitos merecedores de tutela.

Os princípios constitucionais regem a ordem jurídica como um todo e determinam valores que são fundamentos de validade de todo o sistema jurídico, portanto, não importando a situação, eles sempre preponderarão. Princípios diferenciam-se de regras. Enquanto estas possuem a função de regular as relações jurídicas de maneira específica, estabelecendo pressupostos e consequências determinadas, e admitindo incompatibilidade e contrariedade entre si (problemática frente a qual são analisadas sob um prisma hierárquico, cronológico ou de especialidade, excluindo-se a regra conflitante), aqueles, por possuir caráter tão genérico, comportam uma série de aplicações e avaliações flexíveis, que não se excluem, mas se encaixam, a depender de sua interpretação.

No mesmo sentido, direciona Luiz Flávio Gomes (2005):

(...) o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As *regras* disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em "conflito"; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc.. *Princípios* são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver "colisão", não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como

"mandados de otimização" que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).

Como não haveria de ser diferente, há uma série de princípios que servem como norteadores para contemplar as relações no âmbito do Direito de Família, devido às particularidades inerentes a tal ramo, destacando-se os princípios da solidariedade e da afetividade. Alguns deles não estão escritos propriamente na legislação, mas existem implicitamente, com a finalidade de possibilitar a vida em sociedade, e equivalem aos princípios explícitos. Eles consistem em um grande número e, por esse motivo, se torna difícil de quantificá-los e elencar todos eles, não existindo consenso na doutrina quanto a um número mínimo (DIAS, 2015, p. 44).

Por essa razão, será utilizada a forma de denominação ensinada pela autora Maria Berenice Dias em seu livro, mas se buscará, ao longo da vasta doutrina a respeito do tema, colaboração de outros disciplinadores para explicar cada um dos princípios relacionados a seguir, que melhor contribuem com a construção da argumentação pretendida.

2.1.1.Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

É um dos princípios sob o qual se fundamenta a existência do Estado Democrático de Direito, conforme trata o primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, em seu inciso III. Tal princípio demonstra claramente a preocupação que se tem, atualmente, com o efetivo respeito aos direitos humanos e à busca incessante por viver com dignidade, e não apenas existir.

De acordo com as sábias palavras de GAGLIANO; PAMPLONA FILHO (2014, p. 88):

A dignidade humana é muito mais do que isso. Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias - estatais ou particulares - na realização dessa finalidade.

Nesse contexto, aduz-se que tal princípio é, nos ensinamentos de DIAS (2015, pp. 44-45):

(...) o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. No dizer de Daniel Sarmiento, representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade.

Com a elevação da pessoa humana ao centro protetor do direito, todos os institutos ligaram-se diretamente à realização de sua personalidade, não apenas limitando a ação do Estado, no dever de preservar a dignidade dos indivíduos e abster-se de ações que a prejudiquem, mas também constituindo um direcionamento para promover ações que a beneficiem, a fim de garantir o mínimo existencial para cada ser humano em sua individualidade (DIAS, 2015, p. 45).

Como explica GONÇALVES (2009, pp. 6-7):

O direito de família é o mais humano de todos os ramos do direito. Em razão disso, e também pelo sentido ideológico e histórico de exclusões, como preleciona Rodrigo da Cunha Pereira, “é que se torna imperativo pensar no Direito de Família na contemporaneidade com a ajuda e pelo ângulo dos Direitos Humanos, cuja base e ingredientes estão, também, diretamente relacionados à noção de cidadania”. A evolução do conhecimento científico, os movimentos políticos e sociais do século XX e o fenômeno da globalização provocaram mudanças profundas na estrutura da família e nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo. (...)

O princípio do respeito à dignidade da pessoa humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF, art. 227).

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional que fora incorporado em toda a legislação infraconstitucional, aplicável também ao Direito de Família. Sua razão de ser encontra respaldo na condição natural do ser humano como ser racional, dotado de consciência sobre sua própria existência e domínio sobre sua própria vida, independentemente dos fatores sociais.

2.1.2. Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade, consagrado constitucionalmente no artigo 5º, representou um avanço inegável ao ordenamento jurídico brasileiro, dado o histórico discriminatório do país, antecedente ao século XX e à promulgação da Constituição. Na esfera familiar, as diretrizes que tal princípio assume são concernentes à igualdade entre homens e mulheres (art.

5º, inciso I), à igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros (art. 226, §5º) e à igualdade entre os filhos (art. 227, §6º).

A assertiva desse princípio se constrói quando analisada a posição da mulher no contexto social contemporâneo. Conforme GAGLIANO; PAMPLONA FILHO (2014, p. 92):

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

A isonomia conjugal instituída pela Carta Magna pôs fim ao poder marital e à concepção patriarcalista de que a mulher se restringia ao dever de cuidar da casa e submeter-se ao poderio do chefe de família. Porém, essa conquista não se deu por mera bondade do legislador, ela é fruto da ascensão da figura feminina no campo social, pessoal e profissional.

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais de coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais estão diretamente vinculados à funções da mulher na família e referendam a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.

O art. 233 do Código Civil de 1916 proclamava que o marido era o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe a administração dos bens comuns e particulares da mulher, o direito de fixar domicílio da família e o dever de prover à manutenção desta. Todos esses direitos são agora exercidos pelo casal, em sistema de co-gestão, devendo as divergências ser solucionadas pelo juiz (CC, art. 1.567, parágrafo único). O dever de prover à manutenção da família deixou de ser apenas um encargo do marido, incumbindo também à mulher, de acordo com as possibilidades de cada qual (art. 1.568) (GONÇALVES, 2009, p. 7).

No que se refere à isonomia inerente à filiação, traçam, perfeitamente, GAGLIANO; PAMPLONA FILHO (2014, p. 95):

Não há mais espaço, portanto, para a vetusta distinção entre filiação legítima e ilegítima, característica do sistema anterior, que privilegiava a todo custo a “estabilidade no casamento” em detrimento da dimensão existencial de cada ser humano integrante do núcleo familiar.

Nesse sentido, o artigo 226, §6º, da Constituição Federal referendou que “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O supracitado dispositivo estabelece igualdade absoluta entre todos os filhos, afastando a ideia

retrógrada de qualquer tipo de distinção e discriminação, seja pelo fato de terem sido concebidos numa relação extraconjugal ou tidos através de adoção.

2.1.3. Princípio da Afetividade

É notória a preocupação cada vez mais constante da doutrina contemporânea em afirmar a afetividade como um princípio máximo que impera nas relações de família. Isso porque, não se pode mais olvidar que as relações familiares, no contexto histórico-social atual, são pautadas sob a ética do princípio da dignidade da pessoa humana. E relações humanas são baseadas em sentimentos e emoções, sobretudo em vínculos que se estabelecem uns com os outros. Como o amor, o afeto é, também, um sentimento subjetivo. Contudo, levado ao campo da matriz familiar, afeto deve ser compreendido como convivência, ligação, cumprimento de obrigações recíprocas, que consubstanciem sensação de bem-estar daquelas pessoas que integram a relação. É um dever que a simples manutenção das necessidades materiais não cumpre.

Para melhor elucidar o assunto, as palavras de Maria Berenice Dias (2015, pp. 465-466):

Nesse extenso rol não consta o que talvez seja o mais importante dever dos pais com relação aos filhos: o dever de lhes dar amor, afeto e carinho. A missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial. A essência existencial do poder familiar é a mais importante, que coloca em relevo a afetividade responsável que liga pais e filhos, propiciada pelo encontro, pelo desvelo, enfim, pela convivência familiar. Daí a tendência jurisprudencial em reconhecer a responsabilidade civil do genitor por abandono afetivo, em face do descumprimento do dever inerente à autoridade parental de conviver com o filho, gerando obrigação indenizatória por dano afetivo. A omissão dos genitores, deixando de garantir a sobrevivência dos filhos, como, por exemplo, deixando imotivadamente de pagar alimentos, configura o delito de abandono material.

Observe-se, por exemplo, o cuidado do ECA em assegurar a afetividade nas relações de crianças e adolescentes postos em família substituta:

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

(...)

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

Portanto, o afeto não exige uma relação biológica para existir, pois este deriva da convivência familiar, e não, necessariamente, dos laços sanguíneos. Como nos casos de crianças postas para adoção que encontram afeto em outro lar, o mundo é recheado de pessoas que encontram, em outras pessoas com quem não compartilham sua genética, “pais” e “mães” de coração, os quais suprem muito além de suas necessidades materiais, eis que preenchem, principalmente, suas necessidades emocionais, de amor e de afeto.

2.1.4. Princípio da Proteção Integral a Crianças e Adolescentes

O marco legal que impulsionou a origem do princípio da proteção integral a crianças e adolescentes foi, mais uma vez, a Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 227, no qual se estabeleceu que é dever da família e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, uma série de direitos elencados no próprio artigo. Tal dispositivo não só determinou a proteção integral desses indivíduos, como também reconheceu sua posição de sujeitos dotados de direitos e merecedores de proteção especial (art. 227, §3º).

Consoante DIAS (2015, p. 50), “o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”.

Destarte, o princípio da proteção integral é o norteador da construção de todo o ordenamento jurídico que tem como objetivo a proteção dos direitos da criança e do adolescente, eis que parte do entendimento de que, por serem indivíduos em formação de suas capacidades, ainda não têm o discernimento e a maturidade necessária para gerirem a própria vida sozinhos, necessitando do auxílio da família, da sociedade e do Estado para tanto, até que se tornem plenamente desenvolvidos.

2.1.5. Princípio do Melhor Interesse do Menor

A fim de melhor compreender a existência do referido princípio, faz-se necessário delinear a maneira e os motivos pelos quais, historicamente, crianças e adolescentes começaram a receber proteção integral do Estado.

Esses sujeitos de direitos nem sempre foram conceituados e tratados da forma que o ECA faz. Na Antiguidade, tratamentos degradantes e violentos eram-lhes dirigidos e assegurados pela própria lei como direito dos pais em relação aos filhos, conforme demonstra AZAMBUJA (2006, p. 3):

Já, sem seus primórdios, os homens praticavam várias formas de violência à criança, “desde os egípcios e mesopotâmios, passando pelos romanos e gregos, até os povos medievais e europeus, não se considerava a infância como merecedora de proteção especial” (Andrade, 2000, p. 2), muitas vezes contando com o beneplácito da própria legislação e da cultura dominante. Ao tempo do Código de Hamurábi (1700-1600 a.C.), no Oriente Médio, ao filho que batesse no pai havia a previsão de cortar a mão, uma vez que a mão era considerada o objeto do mal. Também o filho adotivo que ousasse dizer ao pai ou à mãe adotivos que eles não eram seus pais, cortava-se a língua; ao filho adotivo que aspirasse voltar à casa paterna, afastando-se dos pais adotivos, extraíam-se os olhos. Em Roma (449 a.C.), a Lei das XII Tábuas permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme mediante o julgamento de cinco vizinhos (Tábua Quarta, nº 1), sendo que o pai tinha sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los (Tábua Quarta, nº 2). Na Grécia antiga, as crianças que nascessem com deficiência eram eliminadas nos Rochedos de Taigeto. Em Roma e na Grécia, a mulher e os filhos não possuíam qualquer direito. O pai, o chefe de família, podia castigá-los, condená-los à prisão e até excluí-los da família.

No Brasil, até a chegada da Constituição Federal de 88, a criança não era vista como sujeito de direitos, que necessitava de prioridade absoluta, considerando sua fase de desenvolvimento e construção de caráter. Pelo contrário, era vista como um objeto de propriedade dos pais, do qual eles podiam dispor da maneira que melhor lhes conviesse.

A partir da instauração da referida Constituição, somada aos avanços notórios acerca da temática, trazidos pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (ratificada pelo Brasil em 1990) ao âmbito do Direito Internacional, o olhar sobre a criança tomou novas proporções e perspectivas. Para efeito da Convenção ratificada pelo Brasil, considera-se criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade (Artigo 1). Porém, o ECA vai além, e categoriza como menor de idade os indivíduos que não atingiram ainda os dezoito anos, dividindo-os em “criança”, até os doze anos, e “adolescente”, dos doze até os dezesseis, estabelecendo algumas diferenças entre os dois grupos, a exemplo da incapacidade civil absoluta e relativa.

Sendo assim, verifica-se a importância da idade para a definição da condição atual de menoridade, infância e adolescência. Do ponto de vista social, crianças e adolescentes são indivíduos que demandam cuidados especiais e maior proteção estatal, devido ao fato de

encontrarem-se em fase de desenvolvimento, mas são, sobretudo, sujeitos detentores de direitos.

Segundo GONÇALVES (2011):

O mesmo processo pode ser identificado no ordenamento interno, a partir consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III), estendendo-se à criança esta posição de valor central do ordenamento (CF, art. 227, caput), cuja dignidade também deve ser objeto de proteção.

(...)

De fato, tal qual na CF, a mudança de paradigma se faz sentir no ECA, cujo art. 3º assegura à criança e ao adolescente "todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana", de modo a que se desenvolvam "em condições de liberdade e de dignidade", acrescentando o art. 15 seguinte às crianças e adolescentes a condição de sujeitos de direito. O ECA, art. 100, parágrafo único, I, introduzido pela Lei nº 12.010/09, outrossim, inclui a "condição da criança como sujeito de direitos" entre os princípios que devem reger as medidas de proteção.

Nesse contexto, parece clara a influência do programa constitucional orientado para a democracia também sobre as normas da infância, reconhecendo-se às crianças e adolescentes a dignidade, a liberdade e a autonomia, que tornam exigível seu direito de participar.

Considerando que os princípios não esculpem conceitos predeterminados, diferentemente das regras, por ser oriunda de sua própria natureza a generalidade, o fato de não existir menção expressa a um ou outro princípio no bojo do texto constitucional não o desqualifica como princípio, nem exclui o dever de sua observância, para fins de interpretação. A própria Constituição é clara a esse respeito, em seu art. 5º, §2º, segundo o qual "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Destarte, tal princípio é elucidado no escopo da Convenção sobre os Direitos da Criança (ratificada pelo Decreto nº 99.710/90), em seu artigo 3:

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, **o interesse maior da criança**.
2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada. **(sem grifo no original)**

Em suma, o princípio do melhor interesse determina a primazia das necessidades infanto-juvenis como critério de interpretação da norma jurídica e vincula tanto o legislador quanto o aplicador da norma a interpretar o ordenamento jurídico que visa à proteção desses sujeitos em desenvolvimento em prol de seu bem-estar e de sua qualidade de vida, o que propriamente já abarca outros princípios mencionados anteriormente, como o da proteção integral. A bem da verdade, muitas vezes, esses dois princípios confundem-se, justamente pelo fato de estarem tão intimamente ligados. Porém, acredita-se se tratarem de institutos distintos, posto que, na medida em que se garante o respeito à prioridade absoluta das crianças e dos adolescentes, é possível assegurar a preservação do melhor interesse desses indivíduos.

2.2. Breve Panorama Conceitual e Histórico do Instituto da Guarda

Após analisados os aspectos inerentes ao poder familiar, faz-se mister traçar um panorama acerca de um dos mais importantes atributos desse poder: o instituto da guarda. Poder familiar e guarda estão intimamente ligados, visto que a guarda é o instrumento pelo qual a legislação concede aos pais a atribuição de cuidar e zelar pelos interesses de sua prole, quando do rompimento do casamento ou da união estável, ou pelo simples fato de não coabitarem, podendo ser consensual ou por determinação judicial.

Nas palavras de Gustavo Ferraz de Campos Monaco (2006, p. 107):

(...) o esfacelamento do núcleo familiar primitivo necessita ser equacionado relativamente ao destino das crianças envolvidas, estabelecendo-se a guarda, decidindo-se quem a exercerá, de que forma e em razão de quê. Como demonstra claramente Pénélope Agallopoulou a determinação da guarda só pode ser feita com a intervenção de um tribunal, provocado por um indivíduo interessado ou por ambos, quando requerem a homologação de eventual acordo entre os pais assinado. Até que isso ocorra, mesmo que os pais já não mais vivam juntos, eles continuam a exercer o poder-dever familiar de forma conjunta, tal qual faziam anteriormente.

Por esse motivo, a convivência com os filhos precisa ser preconizada, estabelecendo-se, com equilíbrio, a continuidade dos vínculos parentais.

Corroborando Maria Berenice Dias (2015, p. 521):

A unidade familiar persiste mesmo depois da separação de seus componentes, é um elo que se perpetua. Deixando os pais de viver sob o mesmo teto, ainda que haja situação de conflito entre eles, é necessário definir a divisão do tempo de convívio com os filhos de forma equilibrada (CC 1.583 §2.º). Mesmo sendo o divórcio

consensual, indispensável que conste o que foi acordado com relação à guarda e à visitação (CPC 1.121 II).

Falar em guarda de filhos pressupõe que os pais não residem sob o mesmo teto. Porém, o rompimento do vínculo familiar, no entanto, não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores.

Adelimitação da guarda não tem o condão de conferir a "posse" do filho apenas ao pai ou à mãe que o tem em sua companhia, morando sob o mesmo teto, muito menos de restringir as responsabilidades para com o filho à pessoa com quem ele passa mais tempo. Apesar da noção de objetificação que a palavra "guarda" implica à denominação do instituto, sua conotação deve ser observada, sobretudo, como o dever de proteção, cuidados e vigilância, que, como já foi visto, é concernente a ambos os genitores, sem distinção, em razão do dever de exercício do poder familiar, e jamais como direito de monopólio sobre o filho.

De tal forma, considerando que o ônus que recai sobre os pais no exercício da atividade de dirigir a educação e os melhores interesses dos filhos diz respeito a ambos e não apenas àquele com quem o menor vai morar depois da separação, nesses encargos também está compreendido o dever de sustento, portanto, não devendo suportar sozinho o ônus de prover-lhe os alimentos, podendo, para tanto, ingressar com ação para demandar alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação (Código Civil, art. 1.694).

Como explica DIAS (2015, p. 522), "De qualquer sorte, com o rompimento da convivência dos pais, há a fragmentação de um dos componentes da autoridade parental, mas ambos continuam detentores do poder familiar".

Isso posto, nenhum dos pais pode se eximir de seus deveres perante a prole, mesmo o de convivência, o qual deverá ser rigorosamente regulamentado, a fim de que não dê margem à existência de abandono afetivo ou alienação parental.

O abandono afetivo tem sido um tema em crescente expansão no ordenamento jurídico brasileiro, devido à percepção (atual, como mencionado no capítulo anterior) da família como uma instituição pautada, sobretudo, nos sentimentos de afetividade e bem-estar dos seus membros. Também por essa razão, os números de pesquisas e discussões em torno da responsabilização civil dos pais, frente ao abandono afetivo ao qual possam ter submetido seus filhos, têm progredido. É cediço que a legislação não faz menção expressa quanto ao dever do amor, do zelo e do apoio afetivo nas relações familiares, o que gera desconforto por boa parte da doutrina quanto à obrigação do cumprimento desse dever. Por outro lado, os danos causados por tal fator são inegáveis e, embora irreparáveis (no sentido de que não há

como se recuperar os anos perdidos na ausência de carinho e dedicação), existe uma tendência doutrinária em admitir a pretensão indenizatória àquelas pessoas que sofreram prejuízo em face do abandono. Por mais que a medida tenda a servir como forma de compensação, o estrago não é minimizado, e é capaz de deixar sequelas irremediáveis na formação e no desenvolvimento dos indivíduos. Segundo DIAS (2015, p. 97):

O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano acabou por escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não se pode mais ignorar essa realidade, tanto que se passou a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

A alienação parental é um fenômeno antigo, o qual tem recebido maior visibilidade e atenção nos tempos atuais, caracterizado pelo sentimento de vingança interiorizado por um dos genitores em relação ao outro, fruto da separação, que acaba por desenvolver, no filho, memórias irreais e negativas, causadas pela ausência do genitor não guardião. Em sua obra, Maria Berenice (2015, p. 545) explica como o fenômeno ocorre:

É levada a efeito a verdadeira "lavagem cerebral", de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador. Como bem explica Lenita Duarte, ao abusar do poder parental, o genitor alienador busca persuadir os filhos a acreditar em suas crenças e opiniões. Ao conseguir impressioná-los, leva-os a se sentirem amedrontados na presença do não guardião. Por outro lado, ao não verem mais o genitor, sem compreenderem a razão do seu afastamento, os filhos sentem-se traídos e rejeitados, não querendo mais vê-lo. Como consequência, sentem-se também desamparados e podem apresentar diversos sintomas. Assim, passam aos poucos a se convencer da versão que lhes foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo paterno-filial. Restando órfão do genitor alienado, acaba o filho se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo que lhe é informado.

A Lei nº 12.318, que entrou em vigor em 2010, dispõe sobre a alienação parental. Em seu artigo 2º, ela a define; em seu parágrafo único, traz um rol exemplificativo de formas de sua ocorrência:

Art. 2º 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.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

A Constituição Federal norteou princípios como o da igualdade e asseverou que homens e mulheres são igualmente detentores de direitos e deveres, afastando qualquer tipo de discriminação, produzindo reflexos significativos no âmbito familiar e quebrando paradigmas que carregava o Código Civil de 1916, como o que premiava, com a guarda do filho, o cônjuge que não dera causa à separação do casal (tido por inocente); e punia com a perda da guarda o outro (tido por culpado). Essa tentativa de culpabilizar e punir, com a separação de um filho, uma pessoa que decidiu não mais relacionar-se amorosamente com outra era desarrazoada.

De acordo com os ensinamentos de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p. 676):

Como vimos, a culpa deixou de ser um elemento relevante para o reconhecimento do divórcio. Isso também gera repercussões nos efeitos colaterais do término do vínculo conjugal. Assim, entendemos que a culpa deixou de ser referência, também, no âmbito da fixação da guarda de filhos. Aliás, após a promulgação da Constituição de 1988, essa linha de raciocínio já vinha sendo adotada. No que toca aos filhos, sentido nenhum há em determinar a guarda em favor de um suposto “inocente” no fim do enlace conjugal. Mesmo aqueles que perfilhavam a linha de pensamento de relevância da culpa no desenlace conjugal, reconheciam o total descabimento da análise da culpa com o propósito de se determinar a guarda de filhos ou a partilha dos bens. Isso porque, no primeiro caso, interessa, tão somente, a busca do interesse existencial da criança ou do adolescente, pouco importando quem fora o “culpado” na separação ou no divórcio.

Então, o Código de 2002, em sua redação original, tratou de excluir a atribuição de culpa como prerrogativa para ceder a guarda a um dos cônjuges e passou a se pautar num critério “positivo” para tal: o de comprovação de melhores condições para exercê-la. Porém, que de nada positivo tinha de fato, considerando que a demonstração de melhores condições

por parte de um dos cônjuges pressupunha piores condições por parte do outro, instituindo um método comparativo negativo entre os dois indivíduos.

Nenhuma discussão a este respeito poderá demonstrar melhores condições se não o fizer pela negativa, ou seja, se não partir da comparação, comprovando que o outro genitor leva alguma forma de desvantagem nesta pendenga.

É esta desvantagem que pode advir desde uma argumentação relativa às condições econômicas, tantas vezes afastadas por nossa jurisprudência como critério para a atribuição da guarda, por se ter plena convicção de que as desvantagens econômicas existentes podem se equalizar em razão da determinação do pagamento de prestações alimentícias, até discussões a respeito da vida e do comportamento sexual de um e de outro dos genitores. (MONACO, 2006, p. 117)

O primeiro avanço de maior magnitude na construção equilibrada do convívio de ambos os pais com sua prole se deu em 2008, através da instituição da guarda compartilhada, com redação da Lei nº 11.698, de 2008, a qual modificou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002 e deu prioridade a esta modalidade de guarda, em detrimento da guarda unilateral, determinando que compreende-se “(...) 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” (CC, art. 1.583, §1º).

A autora Maria Berenice Dias (2015, p. 520) opina com propriedade no sentido de que, da maneira que foi redigido pela referida lei, o segundo parágrafo do artigo 1.584 do Código, qual seja “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”, por meio da expressão “sempre que possível”, deu margem ao julgador para negar o compartilhamento. Isso porque, bastava apenas o genitor que não queria dividir a guarda criar uma relação conflituosa com o outro, para dificultar e tornar impossível a instituição da modalidade.

A mais recente mudança no instituto da guarda compartilhada se deu recentemente, com o ingresso da Lei nº 13.058, de 2014, no ordenamento jurídico, a qual fixou como regra a utilização da guarda na modalidade compartilhada. Tal norma jurídica, entretanto, será estudada com maior amplitude no capítulo à frente.

Referente à questão da guarda, o Estatuto da Criança e do Adolescente trata sobre ela de forma distinta do Código Civil, constituindo uma modalidade de colocação da criança e do adolescente em família substituta, quando a convivência com os genitores é danosa, não se confundindo com a guarda decorrente do poder familiar, restrita às relações entre pais e filhos, consistindo em lei específica, conforme os seguintes artigos:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

Vale observar que os deveres do guardião são mais restritos, diferentemente dos deveres dos pais e do tutor, posto que a guarda pode coexistir com o poder familiar e não confere o direito de representação do guardião em relação ao guardado. O fato de o guardião ser obrigado a prestar assistência material à criança não exime os pais de prestar alimentos ao filho, eis que tal obrigação é oriunda da filiação e, portanto, derivada do poder familiar. Depreende-se, ainda, do artigo 33, que os pais, embora não possuam mais a prerrogativa de dirigir a criação e a educação dos filhos, quando estes forem colocados sob a guarda de outrem, podem recorrer à autoridade judiciária sempre que entenderem necessário, em prol dos interesses de seus filhos (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2013, p. 35).

O cerne da questão que envolve a determinação da guarda é, necessariamente, o melhor interesse da criança e do adolescente. É dessa forma que tem se delineado todo o ordenamento jurídico que trata sobre o tema, na atualidade. A Constituição Federal, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a doutrina e a jurisprudência brasileira coadunam no sentido de proteger e zelar pelo desenvolvimento intelectual, físico e moral dos menores. Enquanto pais e filhos encontram-se unidos no mesmo seio familiar, a tomada de decisões se torna mais fácil e harmoniosa. Contudo, a partir do momento em que as relações entre os indivíduos desse núcleo se fragilizam e se rompem, uma série de emoções eclodem, tais como mágoa, fúria, desejo de vingança e egoísmo. O esfacelamento da relação amorosa tende a causar feridas que custam a cicatrizar nos adultos, que muitas vezes se deixam levar pelas emoções negativas e passam a priorizar apenas a si mesmos e a seus próprios interesses,

esquecendo que seus filhos podem sofrer demasiadamente pelas consequências de suas atitudes impensadas e imaturas. Por esse motivo, o Poder Público pode e deve interferir nessa ligação, visando alertar os pais sobre essa problemática e resguardar as necessidades dos menores, que são os maiores prejudicados, frente à hostilidade que lhes respinga. Da mesma forma, os genitores devem colaborar com a construção de um ambiente auspicioso para seus filhos, pondo de lado as diferenças e gozando de bom senso.

2.3. Modalidades de Guarda

Quando duas pessoas possuem um filho em comum, mas não moram sob o mesmo teto, seja em face de separação conjugal, desfazimento de união estável ou porque simplesmente nunca foram de fato um casal, mas da breve relação que tiveram adveio um filho, o instituto da guarda vem à tona para regulamentar o exercício dos deveres dos pais em relação à sua prole e a forma de execução do direito de convivência entre eles. Tal instituto também aparece à parte da esfera familiar, nos casos em que o menor poderá ser posto em família substituta.

Explica DIAS (2015, p. 523):

A guarda dos filhos é, implicitamente, conjunta, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais. Também quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sob o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decide atendendo ao melhor interesse do menor (CC 1.612).

O critério norteador na definição da guarda é a vontade dos genitores. No entanto, não fica exclusivamente na esfera familiar a definição de quem permanecerá com os filhos em sua companhia. Pode a guarda ser deferida a outra pessoa, havendo preferência por membro da família extensa que revele compatibilidade com a natureza da medida e com quem tenham afinidade e afetividade (CC 1.584 §5º).

No tocante à análise de como e por quem será exercida a guarda dos filhos, cabe ao julgador apreciar a demanda, seja ela consensual ou litigiosa, à luz dos princípios que regem a proteção do menor, quais sejam os elencados no tópico anterior, sem deixar de se ater ao devido processo legal e aos ditames da legislação civil e da lei especial (ECA).

O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba se refletindo nos próprios filhos, que, muitas vezes, são usados como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum. Mesmo que a definição da guarda e da visitação esteja a cargo dos pais, o que for acordado depende da chancela judicial, o que só ocorre após a ouvida do Ministério Público. Na ação de

divórcio, é indispensável que tais questões fiquem definidas, não só quando de divórcio consensual se tratar (DIAS, 2015, p. 523).

A legislação especial do Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta a guarda nas situações em que esta é conferida à família substituta, enquanto o Código Civil aborda em seu texto as duas modalidades de guarda que serão tratadas nos subtópicos seguintes, a guarda unilateral e a guarda compartilhada, designadas aos genitores, portanto, objeto do presente trabalho.

2.3.1. Guarda Unilateral

Como o próprio nome já referênciava, a guarda unilateral (também chamada pela doutrina de “simples” ou “única”) é aquela atribuída a apenas um dos genitores, entretanto, que impõe ao genitor não guardião a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos, recaindo sobre ele, na maioria das vezes, o dever de pagar pensão alimentícia, a fim de que contribua com o sustento da prole, bem como o direito de visitação e de convivência, tal qual estabelecem os seguintes artigos do Código Civil:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (...).

§ 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 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. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Sobre o tema, pontua DIAS (2015, p. 524):

A guarda unilateral obriga o não guardião a supervisionar os interesses dos filhos. Para isso, tem legitimidade para solicitar informações e até 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 (CC 1.583 § 5.º).

Do mesmo modo, poderá ter os filhos em sua companhia, em períodos estabelecidos por consenso ou fixados pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação (CC 1.589). Tanto isso é verdade que a escola tem o dever de informar, mesmo ao genitor que não convive com o filho, sobre a frequência e o rendimento do aluno, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola. 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 a R\$500,00 por dia pelo não atendimento da solicitação (CC 1.584 § 6.º).

É evidente o cuidado do legislador em assegurar a presença efetiva do genitor não guardião na vida do menor. Isso se deve ao fato de que, em face dos sentimentos negativos que sobrevieram do rompimento do laço amoroso entre o casal, é comum a realidade em que o genitor guardião tenta obstruir a convivência e a fiscalização por parte daquele que passa menos tempo com o filho. Outra realidade bastante comum, embora muitas vezes não percebida sob esta perspectiva, é aquela resultante da concepção, ainda patriarcalista, de que é dever da mulher cuidar dos filhos, enquanto o homem se encarrega apenas do suprimento de suas necessidades materiais, e dessa forma incidindo sobre a mãe o papel de suprir as necessidades afetivas, acompanhar a educação, dirigir a criação, enfim, exercer sozinha quase todos os deveres e responsabilidades perante a prole, incumbindo-se o homem somente de pagar a parte que financeiramente lhe cabe, mantendo-se desinteressado e alheio à vida do próprio filho. A apreensão quanto à instituição dessa espécie de guarda é mais do que válida, porquanto atribui a um dos pais o papel de protagonista da vida do menor, e, ao outro, o papel de coadjuvante.

Para sintetizar a crítica a tal modelo de guarda, as palavras de Maria Berenice Dias (2015, p. 525):

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia – isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras. Maria Antonieta Pisano Motta afirma que a prática tem mostrado, com frequência indesejável, ser a guarda única propiciadora de insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. Na verdade, apresenta maiores chances de acarretar insatisfações ao genitor não guardião, que tenderá a estar mais queixoso e contrariado quando em contato com os filhos.

2.3.2. Guarda Compartilhada

Tal espécie de guarda, objeto do atual estudo, constitui o equilíbrio do exercício dos poderes parentais, diante da alteração na estrutura familiar em face da ruptura do convívio dos cônjuges. Depreende-se que a guarda compartilhada visa à aproximação física e afetiva dos pais com seus filhos, mesmo quando não mais habitarem a mesma casa, e à participação efetiva de ambos os genitores da vida do menor.

A legislação civil é clara, quando conceitua, em seu art. 1.583, § 1º, que “Compreende-se 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”.

O instituto da guarda compartilhada entrou em cena na legislação civil pela primeira vez através da Lei nº 11.698/08, alterando os artigos 1.583 e 1.584 do Código, e partia da premissa que responsabilizar conjuntamente os pais pelos direitos e deveres do poder familiar era o ideal para o sadio desenvolvimento dos filhos. Porém, como alerta DIAS (2015, p. 526), “Mesmo antes de inserido na legislação, o modelo compartilhado não era proibido, sendo amplamente aplaudido pela doutrina e admitido por alguns juízes”. Mas foi apenas após a chegada da Lei nº 13.058, de 2014, que novamente alterou os supramencionados artigos, que essa modalidade de guarda passou a vigorar como regra no ordenamento jurídico, caracterizando a modalidade unilateral como exceção.

Somente quando ambos os pais se manifestam expressamente pela guarda unilateral o juiz não pode impor o compartilhamento. No entanto, caso somente um dos genitores não a aceite, deve ser determinada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se esta for a orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar (CC 1.584 § 2.º) (DIAS, 2015, p. 527).

A preferência legal pelo compartilhamento se dá no sentido de garantir a continuidade na relação entre pais e filhos, além de evitar danos acarretados por possível alienação parental ou abandono afetivo. O modelo de corresponsabilidade demonstra um avanço na doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, eis que não os põe, em regra, a mercê da deliberação dos genitores, e no qual o julgador atua de maneira que faça imperar o melhor interesse do menor.

Destarte, as palavras proferidas com destreza por VELLY (2011, p. 9):

Guarda conjunta ou compartilhada propicia mais prerrogativas aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A proposta é manter os laços de afetividade, diminuindo os efeitos que a separação provoca nos filhos, conferindo os pais o exercício da função parental de forma igualitária. O exercício conjunto da guarda torna os pais mais presentes, ao permitir que participem das atividades que compõem o dia-a-dia de seus filhos. A guarda compartilhada vem a suprir a falta de um dos pais que a guarda exclusiva deixa e que resume consideravelmente seu poder familiar, igualando pai e mãe em direitos e obrigações.

Conclui-se, ainda, que não há o que confundir o instituto da guarda compartilhada com uma modalidade alternada de guarda, na qual os filhos passariam períodos de tempos equitativos morando na casa de cada um dos pais, tendo que se adaptar a duas rotinas diferentes. Na espécie de guarda conjunta, há de se levar em consideração pelo juiz o estabelecimento de um período de convivência, que atenda às necessidades e aos interesses do

filho, bem como se molde ao cotidiano de trabalho dos pais. A criança pode e deve estabelecer moradia num lar fixo, mas nada a impede de transitar saudavelmente entre as duas casas sempre que puder e for conveniente com seus horários de escola, dormida e alimentação, bem como se revezarão os períodos de férias em que passará com cada um dos genitores. Corrobora de tal forma a autora Maria Berenice (2015, p. 527), explicando que “Não há necessidade de ser definido o lar de um dos pais como de referência, mas para que um não fique à mercê da vontade do outro, principalmente quando inexistir acordo, cabe ao juiz estabelecer as atribuições de cada um e o período de convivência de forma equilibrada”.

Portanto, é muito importante que haja diálogo entre os pais, visando o melhor para seus filhos e deixando os conflitos e os próprios interesses egoísticos de lado. E, na ausência dessa possibilidade, o acompanhamento de equipe interdisciplinar para auxiliar o trabalho do juiz torna-se imprescindível. Tal modalidade de guarda demonstra-se deveras flexível, porque permite amoldar-se à realidade de cada família, bastando, para isso, que impere o bom senso e a consciência de cada pessoa sobre seus deveres como pai ou mãe.

CAPÍTULO III

3. DA APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

3.1. Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro

Cabe salientar, inicialmente, que a imposição do instituto da guarda compartilhada, como se deu através da Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, não tornou essa modalidade de guarda obrigação, mas a estabeleceu como regra. E, como para toda regra há exceção, a guarda na forma simples, exercida unilateralmente por um dos genitores, passou a ser adotada excepcionalmente. Tal cenário constitui uma inovação no âmbito do Direito de Família.

Conforme aduz ALMEIDA JUNIOR (2015, p. 2), tal guarda está diretamente ligada ao poder familiar e se extingue justamente quando este acaba, seja pela morte dos pais ou do filho; pela emancipação; pela maioridade; pela adoção ou por decisão judicial. No entanto, a separação do casal não extingue o dever de guarda de qualquer um dos ex-cônjuges, restringindo-a ao outro. O que acontece, na verdade, é que, enquanto coabitavam, os conflitos em relação à guarda dos filhos eram praticamente inexistentes, dado a uma suposta harmonia entre o casal, porém, a partir do rompimento desse relacionamento, surge a questão de sua delimitação. Antes mesmo da inovação trazida pela supramencionada lei, já era possível encontrar dispositivos na própria legislação civil que colaboravam com o entendimento de que o fim do relacionamento entre os pais não implicava no fim ou na restrição de seu relacionamento com sua prole, como se vê no art. 1.636 do CC/02, qual seja “O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”.

De tal forma, também coaduna o art. 1.579 do CC/02, que dispõe que “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.

Detona-se, de acordo com as palavras de ALMEIDA JUNIOR (2015, pp. 2-3), que a intenção do legislador não era limitar a guarda do menor a apenas um genitor, privando o outro da convivência familiar constante que imperava antes do fim do relacionamento. O Código Civil sempre priorizou o interesse dos filhos em detrimento da relação conflituosa dos seus pais, vistos que aqueles, ainda em fase de formação de caráter, necessitam de maior

proteção estatal e familiar em todos os aspectos, não sendo diferente diante das decisões egoístas que seus pais podem vir a tomar. Dessa forma, a nova lei da guarda compartilhada surge com a finalidade de clarear a ideologia do código civilista, que tem sido distorcida pelo viés do conservadorismo e da visão errada do sistema durante anos.

Torna-se primordial enfatizar que uma outra modalidade de guarda, a alternada, embora não tenha previsão na legislação brasileira consolidada, é adotada pela jurisprudência, excepcionalmente, em alguns casos, e comumente confundida com a guarda na forma conjunta (compartilhada). Tal espécie de guarda consiste, nas palavras de ALMEIDA JUNIOR (2015, pp. 3-4):

(...) na possibilidade de cada um dos pais de ter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano a escolher, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo de deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período os papéis invertem-se.

De acordo depreende-se da jurisprudência a seguir, há dificuldade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, em visualizar a guarda alternada como um modelo que garanta estabilidade ao infante:

Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO. ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL DO FILHO COMUM PARA GUARDA ALTERNADA. ALIMENTOS. MANUTENÇÃO DO "QUANTUM." Nos moldes em que pleiteada a convivência com o filho pelo agravante, está-se diante de um típico molde de guarda alternada, com divisão exata de períodos iguais de convivência, alternadamente na casa de ambos os genitores. E em que pese a doutrina e a jurisprudência tenham alguma resistência em deferir pedidos de guarda alternada, alegando que o modelo acarreta instabilidade ao equilíbrio psicológico das crianças, no concreto desse caso, não vislumbro razão para indeferimento do pleito do agravante. Inexiste qualquer elemento nos autos a indicar que esse molde de convivência com o pai poderá ser prejudicial ao infante. Aliás, sequer foram feitas, até o momento, quaisquer avaliações psicológicas e/ou estudos sociais, os quais poderiam contraindicar esse molde de guarda. A convivência com ambos os pais é direito do filho, de modo que não havendo notícia de que o infante possa estar sujeito a algum risco em companhia do genitor, e estando presente o interesse do pai de conviver amplamente com o filho, não há motivo para que não seja aplicada a guarda alternada, mesmo em sede liminar da ação originária. Caso em que a guarda alternada vai regulamentada, a fim de que o menor possa ficar na companhia de seu pai em finais de semana alternados, de domingo às 19h até o próximo domingo, no mesmo horário. Quanto aos alimentos, vão mantidos em 25% dos rendimentos do alimentante, que é valor razoável e está em adequação ao binômio alimentar, considerando-se que o alimentado tem suas necessidades presumidas e que o alimentante não possui outros filhos. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70067596213, Oitava

Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 28/04/2016) (**GRIFO NOSSO**)

Contudo, ainda que se enxergue no supracitado modelo uma carência no que diz respeito a proporcionar à criança um ambiente que possa lhe oferecer a estabilidade própria que a idade necessita, há de se reconhecer que, em todos os casos, a situação deve ser bem analisada, tendo em vista sempre a satisfação do melhor interesse do menor. Para tanto, se, eventualmente, a guarda na forma alternada se apresentar a solução que melhor satisfaça tal interesse, bem como se demonstre viável a ambos os pais e, principalmente, ao bem-estar do filho, nada obsta que o julgador a decrete, assim como fez o Ministro na decisão em apreço.

Nesse sentido, FERREIRA (2014, p. 11) destaca bem o papel do operador do direito nos processos que envolvem guarda e separação:

O fato de a família desestruturar-se momentaneamente, todavia, não significa que vá ficar destruída ou seriamente prejudicada. A separação também pode representar desafio e oportunidade para crescimento pessoal de seus elementos. Nem sempre, porém, isso é possível sem ajuda externa; frequentemente, não o é. Esse é um momento em que os membros da família necessitarão de todo o auxílio possível da rede social, desde a família extensa até os profissionais que, em função de ofício, entrem em contato com eles nessa situação. Os profissionais do Direito têm significativa importância na manutenção ou restabelecimento do equilíbrio emocional dos clientes, seja na fase de tentativa de entendimentos pré-processuais, seja durante o litígio, especialmente em se tratando de causas nas quais sentimentos e emoções estão permanentemente presentes. E nos casos de família, em particular, o bem-estar dos filhos está no bem-estar dos pais.

3.2. O Advento da Lei nº 13.058/14

Acredita-se que a nova Lei da Guarda Compartilhada, como assim ficou conhecida pela mídia e pela vasta doutrina acerca do tema, embora tenha efetuado mudanças sutis (mas significativas) no texto dos dispositivos que regulamentam o instituto da guarda no Código Civil, veio à baila em uma boa hora. Isso porque, como já mencionado anteriormente, a redação dada a esses dispositivos pela lei anterior, qual seja a Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, apesar de prever a existência das duas modalidades de guarda (unilateral e compartilhada), não instituiu nenhuma delas como regra. A consequência disso foi que os pais, sem o devido cuidado inerente à questão e abalados pelo rompimento da relação, continuaram a fazer valer apenas suas vontades, envolvidos por seus sentimentos egoísticos, em detrimento dos interesses de seus filhos. Como pontua DINIZ (2015, p. 1), “Com a dissolução da sociedade conjugal, do vínculo matrimonial ou do companheirismo surgem dois

problemas: como evitar a ruptura da convivência familiar? Quem terá direito à guarda dos filhos menores?”.

Dessa forma, o propósito da referida lei é dar prioridade à guarda compartilhada, por esta modalidade garantir maior participação de ambos os pais no desenvolvimento e na formação saudável de seus filhos, com menos traumas, retirando da guarda a ideia de posse e objetificação, tratando as crianças como preconizam os princípios constitucionais que lhe conferem proteção integral.

A seguir, tratar-se-á da análise dos artigos que passaram a vigorar com a redação atribuída pela Lei nº 13.058/14, traçando-se um comparativo com a redação anterior, dada pela Lei nº 11.698/08.

3.2.1. Comparativo Entre as Leis nº 13.058/14 e nº 11.698/08

A redação do *caput* do artigo 1.583, assim como de seu primeiro parágrafo, dada inicialmente pela lei de 2008, manteve-se inalterada pela lei de 2014, e esclarece que a guarda poderá ser unilateral ou compartilhada, além de definir cada uma das duas modalidades.

No tocante ao segundo parágrafo do referido dispositivo, houve alteração significativa entre as duas leis. A lei de 2008 implantou uma proposta preferencial da guarda unilateral, a fim de designá-la ao genitor que demonstrasse, num critério objetivo, melhores condições para exercê-la, conforme denota-se do texto: “§ 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: (...)”. Por sua vez, a lei de 2014 estabeleceu, em seu art. 1.584, § 2º, a preferência pela guarda compartilhada, considerando que ambos os genitores podem encontrar-se em condições de exercê-la, salvo se um dos dois declarar que não deseja a guarda do menor.

Nota-se, em tal prerrogativa, a preocupação do legislador em atender ao princípio da igualdade entre os genitores, base essencial ao exercício do poder familiar, posto que é responsabilidade de ambos os pais a observância e o cumprimento dos direitos e deveres decorrentes da filiação, e, frente ao rompimento da relação conjugal, em nada se altera essa obrigação. Tal parágrafo ainda vai além e impõe que, havendo desacordo entre os pais, o juiz deverá aplicar a guarda compartilhada.

Essa mudança foi primordial, diante da realidade que era observada nos casos concretos: o fato de os genitores estabelecerem litígio para discutir a questão da guarda já ensejava motivo para que o julgador não a decretasse conjuntamente, e a guarda acabava sempre ficando a cargo da mãe, seguindo a concepção patriarcalista e retrógrada que há muito já deveria ter sido abandonada: mãe cria; pai sustenta. Não havia de ser diferente, eis que, desde tenra idade, tem-se ensinado às meninas a cuidar dos afazeres domésticos e da família, dando-lhes bonecas para cuidar e panelas em miniatura para brincar de cozinhar, enquanto aos meninos é imposta a obrigação de serem fortes e provedores, não chorar e não brincar de boneca (e sim de carrinho). Essa imposição de valores está tão fortemente enraizada no seio da sociedade, que, muitas vezes, passa despercebida, criando fortes estereótipos, que acabam por limitar o pleno desenvolvimento e capacidade das pessoas.

Desse modo, a lei de 2014, por vir depois, alterou o § 2º do Código Civil para “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” e revogou os incisos I, II e III, que haviam sido instituídos pela lei de 2008, os quais elencavam os fatores que deveriam ser observados para o deferimento da guarda unilateral a um dos genitores, substituindo a proposta preferencial de guarda unilateral por uma proposta de fixação equilibrada do tempo de convívio do filho com os pais, na guarda compartilhada.

Ainda, há de se diferenciar o período de convivência do regime de visitação, como afirma ALMEIDA JUNIOR (2015, p. 4):

A fixação de dias é providencial para o acesso aos filhos. O juiz não deve mais fixar a guarda para um genitor com o direito de visita para o outro genitor. Deve apenas fixar a guarda compartilhada e permitir que o “convívio” do genitor que não resida com os filhos dê-se em tais dias, dividindo estes dias de forma proporcional. Logo, cai por terra aquela inexorável prática de visitas somente nos finais de semana, salvo se for a recomendável no caso concreto.

Passando à análise do parágrafo terceiro, do artigo 1.583, da lei de 2014, tem-se que “§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”. Novamente, o legislador traz à baila a atenção ao princípio do melhor interesse do menor, que deve ser preservado até mesmo nos casos em que os genitores morarem em cidades diferentes ou pretenderem se mudar. Não era incomum que o genitor guardião resolvesse mudar de cidade, apenas para satisfazer aos seus próprios

interesses, esquecendo-se que o bem-estar da criança precisa ser considerado, acima de tudo. Para tanto, o juiz deve decretar o domicílio do menor com base na sua adaptação à determinada rotina, na sua idade, na presença de familiares no local, o ambiente escolar em que está inserido, enfim, todos os fatores que indiquem qual será a base de moradia dos filhos, independentemente de ser a do pai ou a da mãe.

O parágrafo quinto, do mesmo artigo em comento, da lei de 2014, introduziu uma nova redação, complementando uma premissa que já havia sido imposta pela lei de 2008, qual seja a obrigação do genitor não guardião supervisionar o interesse dos filhos, quando da determinação da guarda unilateral. O complemento supramencionado se deu da seguinte forma:

(...) 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.

Eram corriqueiras as situações em que (principalmente) estabelecimentos de ensino se negavam a prestar informações ao genitor que não possuía a guarda, consistindo numa verdadeira afronta ao direito do pai de supervisionar os interesses de seus filhos, dirigindo-lhes a educação, como preconiza o devido exercício do poder familiar.

ALMEIDA JUNIOR (2015, p. 5) alerta, ainda, que tal mudança foi elementar na seara das ações de prestação de contas:

A guarda compartilhada deve ser a preferencial. Porém, nem sempre será factível. Nesta hipótese fixar-se-á a guarda unilateral, com a velha regra de um genitor ser o guardião e o outro ter o direito de visitas. Mas, no acima transcrito parágrafo 5.º está uma interessante inovação: aqueles que militam na seara das Varas da família sempre tiveram imensa dificuldade em promover ação de prestação de contas de pagamentos de obrigação alimentar. Por exemplo, o pai que prestava alimentos promovia ação de prestação de contas contra a mãe que os recebia em nome do filho, e para fiscalizar sua utilização propunha a ação de prestação de contas. O Judiciário sempre foi refratário a esta ação, e as respostas eram quase sempre no sentido de se rejeitar liminarmente a inicial por falta de interesse de agir, e algumas vezes ilegitimidade ativa, ao argumento de que seria inútil o provimento uma vez que quaisquer valores que fossem porventura apurados em favor do pai autor da ação estariam cobertos pelo princípio da irrepetibilidade dos alimentos já pagos. Eis que o cenário é outro. Por expressa disposição legal, doravante qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas. Ainda que a proposta não seja repetir os alimentos, será por certo fiscalizar sua correta aplicação, e em caso de má gestão promover as ações cabíveis, inclusive revisional de alimentos e indenizatórias contra o genitor malversador.

Em relação ao artigo 1.584, da lei de 2014, as alterações em questão se deram a partir de seu segundo parágrafo, já mencionado e comparado anteriormente com o dispositivo que se opunha a ele, na lei de 2008. Anteriormente, previa-se que a guarda compartilhada seria aplicada “sempre que possível”, o que dava maior abertura à possibilidade de ela não ser aplicada, por diversos fatores que ficavam a cargo dos genitores e do julgador. Entretanto, com a redação da nova lei, como já fora visto, a guarda compartilhada tornou-se regra, só não sendo possível sua aplicação quando da recusa de um dos genitores em exercê-la.

O terceiro parágrafo do artigo em comento diz respeito à distribuição equitativa do tempo de convivência do pai e da mãe com a prole, fornecendo a prerrogativa de o juiz basear-se em orientação técnico-profissional para determinar tal divisão, conforme *in verbis*:

§ 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.

Nas palavras de Jesualdo Junior (2015, p. 5):

Porém, diferentemente da credence popular, guarda compartilhada é divisão de responsabilidades, mas não anarquia quanto às “visitações”. O juiz continuará a fixar a casa-base onde o filho residirá e os “períodos de convivência”, sempre dentro de uma proposta de divisão paritária que não atrapalhe o menor. Para tanto, poderá pautar-se em um estudo psicossocial adrede preparado, que, inclusive, poderá indicar que a guarda compartilhada não é a recomendada ao caso.

O § 4º, do artigo 1.584, é claro e sucinto em sua redação: “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”. Comparando-se ao dispositivo equivalente na lei de 2008, denota-se uma nítida e significativa evolução, isso porque a redação do mesmo parágrafo na lei anterior punia irremediavelmente o genitor que descumprisse, imotivadamente, cláusula de guarda unilateral ou compartilhada, abrindo a possibilidade de ter inclusive seu tempo de convívio com o filho reduzido. Tal previsão consistia numa afronta ao direito de convivência e ao próprio princípio do melhor interesse do menor, eis que se caracterizava numa sanção desproporcional, que acarretaria danos ao relacionamento pai-filho. Se o caso fosse de aleijar a convivência do genitor com o menor, em face de algum comportamento daquele contra este, nocivo à sua integridade física ou moral, caberia uma das hipóteses de suspensão ou destituição do poder familiar, como previsto no

Estatuto da Criança e do Adolescente. Afora isso, não havia justificativa em dificultar a convivência entre o pai ou a mãe e seu filho pelo fato de ter descumprido cláusula de guarda.

O parágrafo quinto, ainda do artigo 1.584, em nada veio alterar o disposto pela lei anterior, qual seja “Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade”. Mais uma vez, vê-se presente, na delimitação da guarda, a preocupação do legislador em atender ao princípio da afetividade, elementar para que o menor se desenvolva num ambiente adequado às suas necessidades, respeitados seus laços familiares.

O parágrafo sexto, de maneira concisa, prevê legalmente multa diária de R\$200 (duzentos reais) a R\$500 (quinhentos reais) diários a qualquer estabelecimento público ou privado que se negue a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, e faz conexão direta com o § 5º, do artigo 1.583.

Por fim, tem-se o último artigo da lei que diz respeito ao instituto da guarda, o artigo 1.585, que dispõe que:

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

Como explica ALMEIDA JUNIOR (2015, p. 6), o juiz ouvirá as partes, sempre que for possível, antes do deferimento de medidas cautelares de separação de corpos, de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, tentando conciliá-las, juntando quantos elementos possa para uma decisão correta, ainda que provisória.

3.3. Análise Jurisprudencial

A fim de corroborar com a ideia central do presente trabalho, qual seja o instituto da guarda compartilhada com a finalidade de atender ao melhor interesse do menor, será feita uma amostragem de julgados que trazem à tona o princípio do melhor interesse do menor como base sólida para resolver as questões da guarda, frente ao rompimento das relações

conjugais, seja decidindo pela aplicabilidade da guarda compartilhada no caso concreto, seja determinando a guarda unilateral como a mais viável para atender às necessidades do menor.

A seguir, a jurisprudência pertencente ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ-DF):

APELAÇÃO. MODIFICAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INVERSÃO. BEM-ESTAR DO MENOR. ALIENAÇÃO PARENTAL. I - A ausência de intimação sobre os embargos de declaração da ré aos quais se conferiu efeitos modificativos não gerou prejuízo à defesa do autor. A r. sentença, integrada pela decisão dos embargos, foi impugnada por posterior embargos de declaração e na presente apelação. Rejeitada preliminar por cerceamento de defesa. **II - Improcedente o pedido de modificação da guarda formulada pelo pai, pois, consoante estudo psicossocial e demais provas dos autos, as necessidades básicas e afetivas da criança são supridas no lar materno.** III - A guarda compartilhada, após as alterações nos arts. 1.583, 1.584 e 1.585 do Código Civil efetivadas pela Lei 13.058/14, deve ser a regra e o ideal a ser alcançado, no entanto a custódia física conjunta dos genitores não pode ser deferida em detrimento do melhor interesse da criança. IV - A guarda compartilhada pressupõe a divisão de responsabilidades dos genitores quanto às decisões referentes ao filho, o que se torna impossível quando os pais vivem em constante e acirrada litigiosidade e não possuem o mínimo diálogo. Mantida a r. sentença que indeferiu o pedido de guarda compartilhada. V - Ausente a demonstração de atos de alienação parental pela mãe. **O acervo probatório denota, em verdade, constante conflito e animosidade entre os pais e não reconhecimento, de parte a parte, da responsabilidade de cada um pela situação tormentosa em que vivem, em total prejuízo à saúde emocional e psíquica do filho em comum.** VI - Apelação parcialmente provida. (TJ-DF - APC: 20100111524548, Relator: VERA ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/10/2015, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 03/11/2015. Pág.: 361) (sem grifo no original)

O caso trata-se de uma demanda de modificação de guarda unilateral para a modalidade compartilhada, proposta pelo pai, em face da genitora do menor, a qual possui a guarda exclusivamente para si. Nessa demanda, o Tribunal julga improcedente a apelação proposta pelo genitor, sob o argumento de que a constante e acirrada litigiosidade entre os genitores do menor impossibilitava o mínimo diálogo, o que afetava à saúde emocional e psíquica do filho em comum, bem como demonstra que, através de estudo psicossocial realizado, as necessidades básicas e afetivas da criança eram supridas no lar materno.

Observa-se, no texto acima, que o julgador invocou o princípio do melhor interesse da criança para não decretar o compartilhamento da guarda, o que pareceu ser uma decisão acertada, tendo em vista que o instituto da guarda compartilhada é a regra para satisfazer o princípio do melhor interesse, contudo, comporta exceção, justamente quando esse interesse corre o risco de ser afetado.

Em sentido distinto, tem-se outro caso envolvendo disputa pela guarda do filho menor, julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PLEITO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA FORMULADO PELA GENITORA. PRETENSA ALTERAÇÃO DA GUARDA DO MENOR PELO GENITOR PARA QUE SEJA DEFERIDA EM SEU FAVOR. INTERESSE DO MENOR. CONDIÇÕES DE AMBOS OS GENITORES. PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS PATERNOS E MATERNOS. GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA PRINCIPAL A DA GENITORA. RECURSO NÃO PROVIDO. Nas ações de família, em que se discute a guarda da prole, deve-se atender os interesses dos menores, pois a convivência com os pais é mais um direito dos filhos do que dos pais." (Rel. Des. José Volpato de Souza) Sendo um direito primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobrevem a separação do casal, tem-se a guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. **É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicado que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições.** (AI n. , de Laguna, Des. Rel. Carlos Prudêncio, DJ de 13-6-2003). (TJ-SC - AC: 157479 SC 2004.015747-9, Relator: Carlos Prudêncio, Data de Julgamento: 28/03/2008, Primeira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , da Capital)(sem grifo no original)

O julgado em apreço diz respeito a uma demanda que discute a alteração da guarda do menor da modalidade compartilhada para a forma unilateral, pretendida por ambos os genitores. Em decisão bem fundamentada, o Juiz de 1º grau decidiu pela manutenção da guarda compartilhada, estabelecendo o domicílio principal do menor na residência da genitora, se atendo ao fato de que ambos os pais reúnem amplas condições para assumirem a responsabilidade de ter o filho sob seus cuidados, e, apesar da disputa em torno da guarda, o relacionamento entre eles era harmônico, de forma que não afetava a boa criação e formação do filho, conforme revelaram estudos psicossociais e informações colhidas em sede de depoimentos. Contudo, entendeu necessário estabelecer a residência fixa do menor na casa da mãe, visto que, nas atuais condições em que vive o pai, dedicando tempo significativo ao trabalho e restando pouco tempo para o convívio com o filho, afigura-se mais produtivo para seu desenvolvimento pessoal e intelectual a sua permanência no lar materno.

Nesse diapasão, foi o mesmo entendimento do Tribunal, quando do julgamento do recurso de Apelação, considerando que as provas produzidas no processo indicaram que

ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, portanto, atribuindo solução para o caso concreto à aplicação da guarda compartilhada sem restrições.

Destarte, demonstram os julgados analisados que o princípio do melhor interesse do menor pode e deve ser evocado em toda demanda que trate sobre guarda, mesmo em decisões contrapostas, não devendo o instituto da guarda compartilhada ser utilizado em absolutamente todos os casos, de forma generalizada, mas como regra, a depender sempre do caso concreto, e quando ficar evidenciado que consiste na melhor alternativa para proporcionar o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de pesquisa proporcionou um aprendizado amplo sobre o instituto da guarda, como um todo, e trouxe uma importante análise reflexiva sobre a temática. Muito se foi pensado a respeito da responsabilidade parental e da prioridade absoluta conferida à figura do menor pelo ordenamento jurídico brasileiro, e a justificativa de tal prerrogativa foi construída com base na observância das mudanças significativas que ocorreram no ambiente familiar e no Direito de Família, principalmente realizadas pela Constituição Federal de 1988.

Diante da valorização do ser humano, abarcada em diversos trechos do texto constitucional, percebeu-se que nada mais obriga duas pessoas a ficarem juntas, se não a sua própria vontade de assim permanecerem, nem mesmo a existência de filhos comuns ou a dependência financeira. A partir dessa premissa, a ruptura entre os casais cresceu substancialmente e, com isso, surgem questões que devem ser resolvidas pelo Direito de Família, as quais se tornam ainda mais delicadas quando envolvem filhos menores, que sejam fruto da relação rompida.

Vale salientar que essa preocupação é um tanto quanto recente, eis que a legislação superada pela Constituição Federal concedia ao homem, tido como chefe de família, maiores privilégios e quase todos os direitos, inclusive quando da separação, enquanto mantinha a mulher e os filhos sob sua propriedade, como se objetos fossem. Ao longo do tempo, foi-se compreendendo que a criança e o adolescente exigem cuidados especiais, por parte da sociedade, do Estado e da família, bem como são, sobretudo, sujeitos de direitos e deveres, os quais devem ser priorizados, em face de seu *status* de pessoa em processo de desenvolvimento.

Pôde-se inferir que a guarda é apenas um dos atributos do poder familiar conferido aos pais, a qual consiste no conjunto de direitos e deveres dos genitores em relação à sua prole, com o objetivo de proteger seus interesses e suprir suas necessidades, garantindo-lhes o pleno desenvolvimento. Na constância da união do casal, seja conjugal, seja estável, tal atribuição já é, implicitamente, de responsabilidade de ambos os genitores, que exercem a guarda conjuntamente, dentro do mesmo seio familiar. Porém, diante do fim da relação, faz-se necessário determinar quem a exercerá, devendo os pais, para tanto, entrarem em acordo ou recorrer ao judiciário para discutir o impasse.

Foi diante desse cenário que a guarda na modalidade compartilhada surgiu para melhor solucionar a questão de quem fica com o dever de vigilância sobre os filhos. Tal modalidade é a que mais se aproxima do modelo observado antes do esfacelamento da relação do casal, quando ambos exerciam, em patamar de igualdade, todas as responsabilidades perante a prole e com ela conviviam. Ao exercerem conjuntamente a guarda, os genitores possibilitam a criação de um ambiente harmonioso, essencial ao sadio desenvolvimento da criança e do adolescente; continuam convivendo com eles, e não apenas os visitando ocasionalmente; participam efetivamente das decisões importantes de suas vidas; enfim, exercem plenamente sua função de pais, além de manter os laços de afeto, afastando a possibilidade dos danos ocasionados por abandono ou alienação parental. Sendo, assim, priorizado o melhor interesse dos filhos, bem como a convivência com eles.

Portanto, a finalidade da Lei nº 13.058, que foi incorporada ao ordenamento jurídico em 2014, é que se amenizem os reflexos negativos do rompimento conjugal, como também que se atenda ao melhor interesse do menor, garantindo a presença e a influência de ambos os genitores em sua vida, impondo uma alternativa mais adequada ao bem-estar físico e psíquico da criança ou do adolescente em questão.

Finalmente, como para toda regra cabe uma exceção, nesse aspecto não é diferente. Há casos em que a aplicação da guarda compartilhada não se afigura a mais adequada, em face da abdicação desta por parte de um dos pais ou de decisão judicial. O julgador tem papel importantíssimo no momento de delimitar a guarda, e deve sempre visar à decisão que supra melhor as necessidades do menor, mesmo que isso implique na atribuição da guarda unilateral a apenas um dos pais, sendo resguardado ao outro o direito de visitas, ou até mesmo a determinação da guarda a uma terceira pessoa, como a avó. Para qualquer hipótese, deve-se analisar o caso concreto, com a ajuda de equipe interdisciplinar, estudo psicossocial, observância da lei e interpretação de princípios.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. A Nova Roupagem da Guarda Compartilhada. **Revista dos Tribunais**, vol. 957/2015, pp. 21-36, jul. 2015.

ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (Org.). **Questões Controvertidas no Direito de Família e das Sucessões**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2006.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?. **Revista Virtual Textos & Contextos**, n. 5, nov. 2006. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1022/802>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 mai 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 mai 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 15 mai 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 mai 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.968, de 13 de junho de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 15 mai 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível nº 20100111524548. Modificação de guarda. Guarda compartilhada. Nulidade da sentença. Cerceamento de defesa. Inversão. Bem-estar do menor. Alienação parental. Relator: Min. Vera Andrighi, 03 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/251293300/apelacao-civel-apc-20100111524548>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70067596213. Ação de divórcio. Alteração da guarda unilateral do filho comum para guarda alternada. Alimentos. Manutenção do "quantum." Relator: Min. Rui Portanova, 28 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em: 15 mai. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 157479 SC 2004.015747-9. Apelação cível. Ação de regulamentação de guarda e ação de modificação de guarda. Sentença que julgou procedente o pleito de modificação de guarda formulado pela genitora. Pretensa alteração da guarda do menor pelo genitor para que seja deferida em seu favor.

Interesse do menor. Condições de ambos os genitores. Preservação dos laços paternos e maternos. Guarda compartilhada. Residência principal a da genitora. Relator: Min. Carlos Prudêncio, 28 de março de 2016. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6336906/apelacao-civel-ac-157479-sc-2004015747-9>>. Acesso em: 16 mai. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. Ed. São Paulo: RT, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Guarda: Novas Diretrizes. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 3/2015, pp. 207-212, abr – jun. 2015.

FERREIRA, Veronica Aparecida da Motta Cezar. Um Novo Olhar ao Direito de Família: A Visão Psicojurídica. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, vol. 2/2014, pp. 183-202, out – dez. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família: As Famílias em Perspectiva Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Normas, regras e princípios. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7527>>. Acesso em: 12 mai. 2016.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello. Breves Considerações Sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. **Revista Brasileira de Filosofia**, vol. 236, jan-jun. 2011. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx>. Acesso em: 12 mai. 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAADY, Sumaya. In: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz (Org.). **Questões Controvertidas no Direito de Família e das Sucessões**. 2. Ed. São Paulo: Método, 2006. pp. VER PÁGINAS (517).

VELLY, Ana Maria Frota. Guarda Compartilhada: Uma Nova Realidade para Pais e Filhos. Porto Alegre: mai. 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Artigo%20Guarda%20Compartilhada%2029_06_2011.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.