



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE - UFCEG  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - CCJS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

MARIA FILICIA ESTRELA GALDINO

GUARDA COMPARTILHADA COMPULSÓRIA: ENTRE O PRINCÍPIO DO MELHOR  
INTERESSE DA CRIANÇA E A CONSAGRAÇÃO DO PODER FAMILIAR

SOUSA  
2015

MARIA FILICIA ESTRELA GALDINO

GUARDA COMPARTILHADA COMPULSÓRIA: ENTRE O PRINCÍPIO DO MELHOR  
INTERESSE DA CRIANÇA E A CONSAGRAÇÃO DO PODER FAMILIAR

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> MARIA DOS  
REMÉDIOS DE LIMA BARBOSA

SOUSA  
2015

MARIA FILICIA ESTRELA GALDINO

GUARDA COMPARTILHADA COMPULSÓRIA: ENTRE O PRINCÍPIO DO MELHOR  
INTERESSE DA CRIANÇA E A CONSAGRAÇÃO DO PODER FAMILIAR

Trabalho monográfico apresentado ao Curso  
de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e  
Sociais da Universidade Federal de Campina  
Grande, como exigência parcial da obtenção  
do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e  
Sociais

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> MARIA DOS  
REMÉDIOS DE LIMA BARBOSA

Banca Examinadora

Data de aprovação: \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2015

---

Orientador: Prof.

---

Examinador

---

Examinador

A Deus, que me abençoa com fé, paciência e disciplina.  
À mamãe, por existir e por tudo que significa na minha vida.  
Ao meu irmão, pelo incentivo e acreditar sempre.  
A minha avó Leda, pelo apoio incondicional.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, por me permitir dar um passo quando vislumbro incertezas e dificuldades. Que acalma meu coração diante dos obstáculos da vida e mostra-me o caminho dos justos. Que me concede sabedoria para continuar firme no meu propósito e hoje me presenteia com essa significativa vitória que é fonte de extrema alegria e gratidão. Rogo para que consiga permanecer fiel ao meu sonho e ser instrumento da Justiça nesse País.

A minha mãe Neide Estrela, pelo afeto incondicional, pela educação conferida, por nunca ter me abandonado nos momentos difíceis e por segurar a minha mão sempre que tenho medo. Se não fosse sua fé essa conquista não existiria. Sou grata por tê-la como mãe. Como no verso de Elizabeth Barrett: *“Amo-te com a fé de minha infância, ingênua e forte... até nas coisas mais pequenas, por toda vida”*.

A meu irmão Felipe Estrela, meu preceptor, que me ensinou o valor da educação e sempre me apoia nos projetos mais ousados. Em você, tenho meu exemplo de excelência, referência de honestidade e firmeza de caráter. Obrigada por comungar das minhas noites de estudo, bem como pelos conselhos indispensáveis na minha trajetória estudantil.

A minha avó Leda Estrela, pela segunda mãe que és. Desfrutar de sua companhia é um orgulho e seu apoio incondicional é o alicerce da minha formação.

A grande amiga Renata Kelly, companheira de estudos do ensino fundamental ao médio. Comungamos do sonho de conquistar uma vaga na UFCG e superamos muitas adversidades juntas. Obrigada pela companhia na trajetória como vestibulandas. Sempre estou torcendo por você e rogando a Deus pela sua felicidade.

A amiga cajazeirense Irenice Leite e a amiga baiana Magnólia Anjos (Meg) pela influência positiva em fomentarem meu olhar para o direito/processual do trabalho. Renato Russo disse que *“amizade é quando você encontra pessoa que olha na mesma direção que você”*. Ele estava certo...guardarei sempre a Turma da JT na

minha memória e coração. Não direi adeus, mas até logo! Encontramo-nos pelo mundo dos TRT's.

A Brenna Suany, amiga com a qual tive o prazer de compartilhar o estágio na Vara do Trabalho de Sousa – TRT13 e que hoje divido os estudos e conversas incansáveis sobre os concursos trabalhistas. Rogo para que Deus nos conceda fé e força para propagarmos Justiça Social nesse País.

As amigas que a Universidade me proporcionou, especialmente: Albanyse Carvalho, Andreia, Bruna Samara, Byara Gadelha , Francisca Sueli, Irenice Leite, Magnólia Anjos (Meg), Taíse Andrea, Rayanne Andrade, Thauanne Cunha, Emannuely Costa, Juliana Duarte, Katiúscia Diniz, Edna Leandro e Solange de Paula. As conversas, sobretudo, as gargalhadas, foram essenciais para superar as angústias, medos, cansaço e incertezas que quase seis anos nos reservaram. O traslado no ônibus da Transfácil, as festinhas animadas e fardas, às expectativas de um futuro promissor como Doutoradas, às conversas nos corredores da universidade sobre os estágios, OAB, concursos; os casos *sui generis* da prática jurídica; às discussões sobre nossas lutas diárias, enfim todas as dores e às delícias da graduação serão lembradas com muito carinho e saudade. Minhas noites sem o convívio de vocês não serão as mesmas. Como disse o Drummond: *“Mas as coisas findas muito mais que lindas, essas ficarão”*.

A minha orientadora Dr<sup>a</sup> Remédios Barbosa, por ter conduzido brilhantemente esse trabalho e por todas as orientações científicas durante a graduação. Obrigada por ter me apresentado o Direito Civil e ter contribuído, sobremaneira, para minha formação acadêmica. Repito o que disse como monitora de Civil I: depois de Direito Civil nada permanece igual, tudo fica mais bonito!!!! Obrigada.

*“Quando se decompõe uma sociedade, o que se acha como  
resíduo final não é o indivíduo mas sim a família”.*  
*Victor Hugo*

## RESUMO

A ruptura conjugal enseja consequências jurídicas e, entre elas, encontra-se a regulamentação da guarda dos filhos. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é analisar os critérios legais de aplicação do instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a compulsoriedade após a vigência da Lei nº 13.058 de 2014. Para tanto, analisou-se o contexto histórico que norteia o conceito de família moderno, bem como as consequências da substituição da nomenclatura pátrio poder para poder familiar. Traçou-se um debate acerca da interpretação das normas que regulamentam o instituto para aferir se o intuito do legislador, consubstanciado nas alterações recentes dos dispositivos legais, não afronta a doutrina do melhor interesse da criança/adolescente amparada na Constituição Federal e na Lei nº 8.069/1990. Tratou-se ainda, dos institutos de proteção do incapaz, enfatizando as normas civilistas que tratam do assunto. A garantia da convivência familiar associado ao princípio da paternidade responsável norteiam as decisões nos tribunais brasileiros e justificam os posicionamentos doutrinários que aceitam ou repulsam a aplicação compulsória da guarda compartilhada em face da negativa de acordo entre os genitores. Para tanto, utilizou-se dos métodos de procedimento histórico e o comparativo, analisou-se a evolução da proteção dos filhos na legislação pátria e confrontou-se a jurisprudência do Direito Estrangeiro com os princípios que regem o Direito de Família atual. Utilizou-se da pesquisa documental direta, por intermédio da pesquisa tanto bibliográfica, através de livros, revistas e artigos eletrônicos, quanto jurisprudencial, através de julgados dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça dos Estados.

Palavras-chave: Critérios legais. Aplicação. Guarda compartilhada. Melhor interesse da criança. Compulsoriedade.



## ABSTRACT

The marital breakdown gives rise to legal consequences, and among them, is the regulation of child custody. In this sense, the objective of this study is to analyze the legal criteria for the application of joint custody Institute in the Brazilian legal system, especially compulsoriédade after the issuance of Law No. 13,058 of 2014. Therefore, we analyzed the historical context that guides modern concept of family as well as the consequences of replacing the parental naming power to family power. Traced a debate about the interpretation of the rules governing the institute to assess whether the legislator's intention, embodied in the recent amendments to the legal provisions, not affront the doctrine of the best interests of the child / adolescent supported by the Federal Constitution and Law Nº. 8069 / 1990. It was also unable protection of the institutes, emphasizing the civilists standards dealing with the subject The guarantee of family life associated with the principle of responsible parenthood guide decisions in Brazilian courts and justify the doctrinal positions that accept or repel the compulsory application of shared custody in the face of negative agreement between the parents. Therefore, we used the procedure of historical and comparative methods, analyzed the evolution of the protection of children in Brazilian legislation and confronted to foreign law jurisprudence with the principles governing the current family law. We used the direct documentary research, through both bibliographic research through books, magazines and electronic items, as case law, judged by the higher courts and the State Courts of Justice.

Keywords: Legal Criteria. application. Shared custody. The child's best interest. Compulsoriédade.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

CC – Código Civil

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJDFT - Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I – PODER FAMILIAR: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO</b> .....	13
1.1 DIGRESSÃO HISTÓRICA: FAMÍLIA TRADICIONAL OU CLÁSSICA .....	13
1.1.1 <b>Arranjos familiares no Direito Brasileiro após Constituição de 1988</b> .	15
1.2 DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR .....	17
1.2.1 <b>Da previsão do poder familiar na Legislação Brasileira</b> .....	21
1.3 DA SUSPENSÃO E DA EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	23
<b>CAPÍTULO II – DOS INSTITUTOS DE PROTEÇÃO DOS INCAPAZES E A GUARDA NO DIREITO DE FAMÍLIA</b> .....	26
2.1 DA TUTELA NO DIREITO BRASILEIRO .....	26
2.1.1 <b>Encargos decorrentes da Tutela</b> .....	28
2.1.2 <b>Impedimentos. Cessação e destituição da Tutela</b> .....	29
2.2 DA CURATELA NO DIREITO BRASILEIRO.....	30
2.2.1 <b>Da interdição dos incapazes e efeitos da sentença interditória</b> .....	31
2.2.2 <b>Dos encargos da Curatela</b> .....	32
2.3 A GUARDA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	33
2.3.1 <b>Das modalidades de guarda</b> .....	37
2.3.2 <b>Responsabilidade civil dos pais por atos de seus filhos</b> .....	39
<b>CAPÍTULO III - GUARDA COMPARTILHADA COMPULSÓRIA: ENTRE O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A CONSAGRAÇÃO DO PODER FAMILIAR</b> .....	43
3.1 DA LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014.....	43
3.1.1 <b>Principais modificações inauguradas pela Lei 13.058/2014</b> .....	45
3.1.2 <b>Guarda Compartilhada no Direito Comparado</b> .....	49
3.2 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA GUARDA COMPARTILHADA ..	51
3.2.1 <b>Guarda compartilhada e pensão alimentícia</b> .....	52
3.2.2 <b>Guarda Compartilhada e alienação parental</b> .....	54
3.3 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: ENTRE A SUPREMACIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A CONSAGRAÇÃO DO PODER FAMILIAR .....	57
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	61

## INTRODUÇÃO

O Direito é responsável por disciplinar os efeitos originados do pós-casamento. Conferir ordem à beligerância implantada com o término das relações de afeto é tarefa árdua que exige institutos jurídicos complexos e pressupõe atuação legislativa eficaz.

A Lei nº 11.698/2008 conferiu novas dimensões ao capítulo “Da Proteção das Pessoas dos Filhos” no Código Civil ao inserir o instituto da guarda compartilhada e estabelecer seus critérios de aplicabilidade. A convivência dos filhos com os pais em regime de igualdade tornou-se prioridade para o legislador que buscou institutos que implementassem os princípios da consagração do poder familiar, da isonomia, do melhor interesse da criança e da convivência familiar.

A redação do artigo 1.584 do Código Civil que disciplinava os critérios jurídicos de aplicação da guarda compartilhada foi questionado quanto a sua eficácia. Os julgados conferiam interpretações ambíguas ao texto da lei, embora o parágrafo segundo do artigo *supra* demonstrasse tendência em tornar a guarda compartilhada regra no ordenamento jurídico, coibindo a guarda unilateral que mitiga o direito à convivência familiar. O informativo nº 52 de 06/2013 do Superior Tribunal de Justiça que teve como relatora a ministra Nancy Andrighi corroborou para esse entendimento. A presença da expressão “sempre que possível” na redação do artigo era utilizada como fundamento pela maioria dos aplicadores do direito para empregarem uma interpretação que desprestigiava o verdadeiro intuito do legislador.

Em 22 de Dezembro de 2014 foi sancionada a Lei nº 13.058 que tornou, expressamente, a guarda compartilhada obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro. Tal previsão, gerou posicionamentos divergentes acerca da aplicabilidade do princípio do melhor interesse da criança em face da compulsoriedade do instituto.

Ante tais afirmações, o presente trabalho tem como objetivo analisar os critérios legais estabelecidos para o julgador aplicar a guarda compartilhada, sendo utilizado para este fim a Lei nº 13.058 de 2014 em consonância com o estudo da hermenêutica jurídica, sobretudo no que tange a interpretação sistemática.

Para tanto, esse trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, buscar-se-á demonstrar o arcabouço histórico do poder familiar no Direito, partindo-se do conceito de família tradicional ou clássica para adentrar-se nos modelos familiares pós Constituição Federal de 1988. Entender-se-á, portanto, como ocorreu a substituição

da nomenclatura pátrio poder para poder familiar e quais foram suas implicações na legislação civilista vigente.

No segundo capítulo, buscar-se-á demonstrar como a doutrina do melhor interesse da criança/adolescente foi consolidada no ordenamento jurídico brasileiro através dos institutos de proteção dos incapazes, centrando-se no estudo da guarda no direito de família, tendo em vista, o objeto da pesquisa.

No terceiro e último capítulo, abordar-se-á o instituto da guarda compartilhada compulsória, sobretudo, no que tange aos critérios de aplicabilidade em face dos princípios da consagração do poder familiar e do melhor interesse da criança. Analisar-se-á, o instituto no direito comparado, seus aspectos positivos e negativos, e ainda, a jurisprudência brasileira sobre o tema.

Para a produção científica, utilizar-se-á do método de abordagem dedutivo, ou seja, partir-se-á de uma análise geral, de como o instituto da guarda é tratado no ordenamento jurídico brasileiro, para inferir-se na análise da situação específica da obrigatoriedade do magistrado decretar a guarda compartilhada, mesmo que inexista acordo entre os genitores, com base na interpretação sistemática da Constituição Federal com a Lei nº 13.058/2014, Lei nº 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro), Lei nº 11.698/2008 (regulamenta a Guarda Compartilhada), Lei nº 8076/1991 (Estatuto da Criança e do Adolescente) aliadas a efetivação dos princípios do melhor interesse do criança/adolescente e da consagração do poder familiar.

Os métodos de procedimento serão o histórico e o comparativo, pois a partir da análise de como o instituto da guarda dos filhos evoluiu no ordenamento jurídico brasileiro nas mais diversas épocas, passa-se a verificar que em certo momento o legislador obrigou a aplicação da guarda compartilhada como modalidade que atende aos princípios norteadores do Direito de Família atual, sendo aplicada, ainda que, em face da beligerância dos pais. Ao passo em que, confrontar-se-á os benefícios e prejuízos ensejados pela sua fixação com as outras modalidades de guardas impostas pelos julgadores.

Para realização do trabalho, utilizar-se-á da pesquisa documental direta, por intermédio da pesquisa tanto bibliográfica, através de livros, revistas e artigos eletrônicos, quanto jurisprudencial, através de julgados dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça dos Estados.

## CAPÍTULO I – PODER FAMILIAR: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

A definição de família modificou-se com o evoluir da sociedade e fomentou a promoção do princípio da isonomia entre homens e mulheres, inclusive, quanto às responsabilidades parentais em face do(s) filho(s). A substituição do pátrio poder pelo poder familiar demandou tempo e significou a superação da autoridade ilimitada e ampla do pai que, outrora, coordenava com exclusividade a direção da família.

O *pater* detinha poderes sobre a vida dos membros e patrimônio da família. A tutela jurídica dispensada às mulheres, bem como aos filhos era ineficaz e não supria os seus direitos mínimos necessários para o pleno desenvolvimento. O advento da Constituição de 1988, ampliou o conceito de família e consagrou os princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade, convivência familiar, melhor interesse da criança/adolescente e da paternidade responsável que conferiu ao direito de família uma nova roupagem.

Arranjos como a união estável e estruturas compostas por um dos pais e os filhos (monoparentalidade) foram reconhecidas como famílias, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF estendeu a união estável a casais homoafetivos. Superou-se a visão do casamento como instituto legitimador dos filhos e hoje impera nas decisões dos tribunais a função social da paternidade.

### 1.1 DIGRESSÃO HISTÓRICA: FAMÍLIA TRADICIONAL OU CLÁSSICA

Desde os primórdios de seu surgimento a família ocupou um importante *status* na civilização humana. O conceito de família é mutável e “vai variar de acordo com o contexto temporal, cultural, político e econômico em que a mesma esteja inserida, sendo certo, no entanto, que, em todos eles, a família é entendida como célula *mater* da sociedade” (VASSAL, 2012, p. 126). A construção da família contemporânea demandou profundas transformações sociais que modelaram a forma de proteção jurídica conferida pelo Estado aos arranjos familiares.

Embora a noção de família tenha surgido em tempos remotos, parte-se do conceito Romano pela influência no Direito Brasileiro. Logo, nos romanistas família

significava “tanto o conjunto de pessoas que viviam sob a dependência de um chefe (o *pater familias*) como a totalidade dos bens que constituíam a sua propriedade” (ROLIM, 2010, p. 172). Nesse contexto, a família era centralizada na figura do *pater* e sua finalidade era dar continuidade ao culto doméstico, justificando o caráter reprodutivo inerente ao grupo familiar.

Acerca do sentido do vocábulo família, preleciona Rodrigues (1998, p. 4 - 5) que:

Num conceito mais amplo poder-se-ia definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum; o que corresponde a incluir dentro da orbita da família todos os parentes consanguíneos [...] Num sentido ainda mais restrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole.

A família tradicional ou clássica é compreendida no sentido restrito, ou seja, pai, mãe e filhos. No Cristianismo tornou-se sagrada e indissolúvel sendo durante, anos, o modelo imposto pela sociedade. “Por muito tempo na história, inclusive durante a Idade Média, nas classes nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica” (VENOSA, 2010, p. 4). Recuar na história é identificar que se constituía família vislumbrando uma oportunidade de permanência ou ascensão social relegando o afeto e a solidariedade que eram mitigados entre seus membros.

Percebe-se, pois, que outrora o núcleo familiar era social e não afetivo. Os casamentos eram planejados pelos genitores dos noivos e estavam vinculados, em regra, aos interesses econômicos e políticos. “Na família antiga, portanto, as ligações entre os entes estavam longe do afeto natural. Este até podia existir no íntimo dos corações, mas nada representava para o direito. O nascimento ou afeto não foram base da família romana” (COSTA FILHO, 2011).

Historicamente o homem sempre ocupou *status* privilegiado na administração da família. O domínio imposto sobre a esposa e filhos caracterizava o sistema patriarcal. As divisões das tarefas eram definidas entre o marido e a esposa: o homem deveria prover o sustento do lar, à mulher, por sua vez, cabia o cuidado com os filhos e afazeres domésticos. Não havia igualdade entre os cônjuges.

Na legislação brasileira, no Código Civil de 1916, a família patriarcal imperava e era considerada o modelo legítimo tutelado pelo Estado. Assim, havia diferença

entre filhos, pois os nascidos de relações extramatrimoniais eram ilegítimos e as uniões estáveis não eram reconhecidas. O artigo 229 do Código de Beviláqua que tratava dos efeitos jurídicos do casamento aduzia que: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”. Nota-se que, o casamento conferia direitos aos filhos dele proveniente que não eram estendidos aos filhos originados de uniões estáveis, configurando afronta direta ao princípio da isonomia. Assim como os filhos extraconjugais, encontravam-se as companheiras, que eram marginalizadas juridicamente por não terem seguido a tradição do casamento formal. O ordenamento jurídico vigente, buscou, senão extinguir, mas mitigar essas distinções em prol da igualdade jurídica.

### **1.1.1 Arranjos familiares no Direito Brasileiro após Constituição de 1988**

A Constituição de 1988 instaurou dimensão jurídica inovadora ao estabelecer como princípio fundamental da República a dignidade humana. Por conseguinte, uma nova roupagem foi conferida ao conceito de Família, visto que “o casamento deixa de ser a única forma de entidade familiar e passa a pertencer à categoria dos institutos de promoção da dignidade humana” (GONÇALVES, 2012, p. 129).

Identifica-se, no atual estágio do Direito de Família, inúmeras formas de arranjos familiares. “A mudança da sociedade e a evolução dos costumes levaram a uma verdadeira reconfiguração, quer da conjugalidade, quer da parentalidade [...] Rompe-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento” (DIAS, 2010a, p. 41). Nesse sentido, estendeu-se a tutela jurisdicional à união estável entre um homem e uma mulher e a entidade formada por um dos pais e os filhos (família monoparental), consoante redação do artigo 226, §§ 3º e 4º. Em 2011, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva e marcou a evolução do conceito de família no Direito Brasileiro.

A Carta Maior prestigiou a igualdade entre cônjuges e companheiros, superando a hierarquia masculina outrora existente. A doutrina refere-se a esse fenômeno como a despatriarcalização do Direito de Família. “O regime é de companheirismo, não de hierarquia, desaparecendo a ditatorial figura do pai de família (paterfamilias) [...]” (TARTUCE, 2011, p. 989).



Impera na noção de família moderna a corresponsabilidade parental, princípio adotado nas relações entre pais/filhos que prioriza o compartilhar dos deveres e direitos em face da prole. “A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos” (DIAS, 2010a, p. 432).

O afeto e a solidariedade marcam as decisões nos juízos de família brasileiro, sobretudo no que tange ao princípio da afetividade que é “o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico” (LÔBO, 2011, p. 295).

Decorrente do princípio da afetividade encontra-se a família pós-moderna nomeada por Farias e Rosenvald (2012, p. 153) de Eudemonista. A valorização do afeto como elemento jurídico e a busca da felicidade como motivadores para a construção da família desenharam a supremacia da dignidade humana no seio familiar atual, “funda-se, portanto, a família pós-moderna em sua feição jurídica e sociológica, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca entre os seus membros e na preservação da dignidade deles. Estes são os referenciais da família contemporânea” (FARIAS, ROSENVALD, 2012, p. 153).

Assim, as relações são fundamentadas na busca pela felicidade plena. Casar-se é uma faculdade não uma obrigação/dever como outrora. E, mais, a socioafetividade é prestigiada em detrimento da paternidade biológica. Fala-se, em função social da família que repercute nos direitos/deveres da autoridade parental. Nessa linha, “a família na pós-modernidade é disciplinada na plenitude de sua função social, pois abrange diversos valores sociais a serem protegidos, como o valor à vida, à saúde, à moradia [...]”. (MALUF, 2010, p. 61)

A criança e o adolescente enquanto sujeitos de direitos foram contempladas pela Constituição em vigor e, posteriormente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A doutrina da proteção integral do menor norteia as decisões no direito de família e, mais, é parâmetro na doutrina civilista para estabelecer os critérios de determinação da guarda dos filhos.

Associado à doutrina da proteção integral, tem-se o princípio que valoriza a convivência familiar. “Os pais, quando resolverem gerar um filho, devem se comprometer com a formação da sua personalidade até os 18 (dezoito) anos. Assim,

o melhor interesse da criança é a sua formação com a presença de ambos os genitores” (CHAGAS, 2012, p. 72).

Soma-se ainda, no atual cenário, a família reconstituída que não foi prevista em lei, mas é aceita pela doutrina e jurisprudência. Para Gouveia (2010, p.35): “identifica-se como a estrutura familiar originada de um novo casamento ou de uma nova união estável, depois de uma ruptura familiar, quando um dos integrantes do casal, ou ambos, possuem filhos de uma relação precedente”.

Essa família é complexa, visto que seus integrantes provém de relacionamentos preteridos que geraram filhos e que deverão conviver com o(a)s filhos(a)s da relação afetiva presente que, porventura, surgirem. É o reflexo do pluralismo da sociedade e demonstra o estágio de evolução do direito que vislumbra e legitima a família através do afeto e solidariedade que unem seus membros.

Dessa forma, após Constituição de 1988, não há um modelo de família que prepondera. Não é o casamento ensejador da família legítima, reconhece-se a união estável, a monoparentalidade, as relações homoafetivas, entre outros arranjos como famílias.

## 1.2 DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR

O instituto do poder familiar modificou-se com os séculos e acompanhou as reestruturações dos arranjos familiares. O poder absoluto do chefe de família foi destituindo-se pela valorização dos princípios da isonomia entre os cônjuges e da proteção integral das crianças/adolescentes. Na legislação brasileira, há previsão no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A princípio, o instituto recebia a nomenclatura de pátrio poder, visto que imperava o sistema patriarcal, que tinha no pai o chefe de família com poderes de vida e morte sobre os filhos. Nessa fase, não havia participação ativa de ambos os genitores na vida dos filhos, predominava a submissão absoluta da mulher em face do marido. A origem do instituto tem sua base na religião, sendo um dos deveres do chefe preservar o culto doméstico. Nessa perspectiva, assinala Luiz (1999, p. 64) que: “o *paterfamilias* é, ao mesmo tempo, sacerdote, dirigente e magistrado, vale dizer,

chefia o culto religioso doméstico, vela pelo patrimônio da família e decide os problemas dos que estão sob sua dependência”.

Em Roma, matriz do direito ocidental, a influência religiosa orientava a constituição da família que demonstrava - se voltada aos interesses do *pater* e tinha no casamento a função, exclusivamente, procriativa. O exercício da *patria potestas* romano possuía como conteúdo “[...] o *ius vitae ac necis*, o *ius vendendi*, o *ius exponendi* e o *ius noxae dandi*, o pátrio poder apresentava-se como algo muito amplo, rigoroso, discricionário e penoso para as pessoas que a ele se submetiam.” (CANDIDO, 2011, p. 612). Tratam-se, pois, dos principais direitos do *pater* em face dos filhos, quais sejam: vida e morte, vender (alienar), expor (abandonar) e dar em servidão o infante que causasse dano a outrem.

A evolução histórica e a expansão do cristianismo resultaram na mitigação do instituto que conferia autoridade suprema ao *pater*. A partir de então, a sociedade passou a condenar a prática do infanticídio e conferir aos pais um poder correccional em relação aos filhos, sendo punidos pelo Estado os genitores que desrespeitassem a legislação. Ademais, persistia a situação de inferioridade da mulher, vista exclusivamente como dona de casa e educadora dos filhos. Nascimento (2009, p. 54) menciona os casos que implicava na extinção do pátrio poder no Direito Romano: “perda do *status libertatis* e do *status civitatis*, exorbitância no seu exercício, investidura do descendente em determinados cargos públicos e emancipação”.

O processo de substituição que envolve o termo pátrio poder para poder familiar é perceptível pelos conceitos fornecidos pelos civilistas brasileiros ao longo do tempo, sobretudo influenciados pelo progresso da legislação. Consoante Monteiro (1997, p. 284): “o pátrio poder pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Por natureza, é indelegável”. Sob a vigência do Código Civil de 2002, Tartuce (2011, p. 1138 - 1139) ao tratar do poder familiar aduz que: “[...] constitui o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”.

Nota-se que Monteiro faz alusão ao patrimonialismo, diferente do conceito fornecido por Tartuce que, ressalta o afeto e solidariedade na família. Isto deve-se, às profundas alterações jurídicas que ocorreram no Direito de Família, sobretudo com o deslocamento da pessoa para o centro do sistema normativo promovido pela constitucionalização do direito civil. “O tempo tem por efeito a valoração de certos

institutos e de certas regras. Conceitos aparentemente imutáveis em certa época histórica são revisitados pela doutrina e assumem novas feições” (SIMÃO, 2013).

Ademais, contrapondo-se a terminologia “poder familiar”, Lôbo (2011, p. 295):

A denominação ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder [...] Com a implosão, social e jurídica, da família patriarcal, cujos últimos estertores se deram antes do advento da Constituição de 1988, não faz sentido que seja reconstruído o instituto apenas deslocando o poder do pai (pátrio) para o poder compartilhado dos pais (familiar). [...] Ainda com relação à terminologia, ressalte-se que as legislações estrangeiras mais recentes optaram por “autoridade parental.

A formação da legislação brasileira sofre influência romana. O pátrio poder estava presente na Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916, o Código Civil de 1916, elaborado por Clóvis Beviláqua que se caracterizava por privilegiar três institutos jurídicos, quais sejam: a família, a propriedade e o contrato.

A redação do artigo 380 do Código Civil de 1916, refletia a família do século XIX, ou seja, conservadora e patriarcal. Os poderes de decisão concentravam-se na figura do homem, pois a lei relegava a vontade da mulher e dos filhos. Observe-se: “Art. 380. Durante o casamento, **exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família** (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher” (grifo nosso). O artigo 233 mencionado, tratava dos direitos e deveres do marido e confirma a sujeição dos membros da família a autoridade do *pater*, como em Roma. Observe-se ainda: “Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: I. A representação legal da família [...]”.

Nessa época, as mulheres depois do casamento tornavam-se relativamente incapazes de exercerem os atos da vida civil. Não desempenhavam poder de decisão sobre os filhos, eram meras educadoras e responsáveis pelos afazeres domésticos. A condição inferior somada a ausência de respeito e dignidade culminaram nos movimentos feministas da década de 1960 que lutavam por aceitação social no mercado de trabalho e reconhecimento jurídico.

Como pondera Dias (2010b):

A trajetória da família está muito ligada à emancipação feminina [...] Embora de modo acanhado e vagarosamente, as leis acabam retratando a trajetória da mulher. Ainda que lenta, a emancipação

jurídica da mulher, a conquista de um espaço de cidadania, abalou a organização da família, forçando o declínio da sociedade patriarcal.

A Lei nº 4.121, de 1962, conhecida como Estatuto da Mulher casada, embasada nas reivindicações feministas conferiu nova redação a alguns dispositivos do Código Civil. O artigo 380, outrora citado, passou a vigorar com a seguinte redação: “Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder **aos pais, exercendo o marido com a colaboração da mulher**. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade” (grifo nosso).

Embora significasse mudanças no exercício do pátrio poder, a postura assumida pelo Código não se demonstrava igualitária. O parágrafo único do artigo *supra* comprova a resistência do legislador em equiparar as responsabilidades parentais no núcleo familiar, pois aduzia que: “Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, **prevalecerá a decisão do pai**, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência” (grifo nosso).

Nessa perspectiva, Rodrigues (1998, p. 348) ao tratar da reforma legislativa elucidou que:

“[...] provocou, veemente reação, pois rebelaram-se os críticos contra a permissão conferida à mulher de recorrer ao judiciário para dirimir as pendências domésticas. Pareceu altamente inconveniente, aos objetantes, invocar a interferência de um estranho, ainda que se tratasse de um juiz, para decidir questões que não deviam transpirar das paredes do lar; e viram nessa solução judicial um meio de enfraquecer os liames conjugais e a estabilidade da família”.

A situação jurídica dos filhos era tão desvalorizada quanto a das mulheres. Por essa razão, não detinham proteção estatal eficaz contra abusos físicos e psicológicos sofridos e experimentavam discriminação sendo taxados de filhos legítimos ou ilegítimos, se providos do matrimônio ou de relações extraconjugais, respectivamente. Doutrinas civilistas como Silvio Rodrigues, Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro e Caio Mário da Silva Pereira traziam capítulos exclusivos que versavam sobre a família legítima, visto que a legislação caracterizava-se por preterir os filhos que surgiram fora do casamento.

Historicamente as crianças e adolescentes foram tratadas com poucos direitos, visto que a ideia de infância nem sempre existiu e, portanto, suas fragilidades não eram reconhecidas. Denota-se, pois, que, no contexto familiar não era cogitado um

ambiente de afeto e cuidado que colaborasse para o desenvolvimento pessoal dos filhos. Com efeito, a princípio, “as crianças eram jogadas fora e substituídas por outras [...] O sentimento de amor materno não existia, como uma referência à afetividade. A família era social e não sentimental” (ROCHA, 2002).

A Declaração Universal dos direitos das crianças e adolescentes de 1959 foi um marco internacional da valorização da criança como sujeito de direito, mas no Brasil foi a Constituição Federal de 1988 seguida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 que estabeleceram o princípio da proteção integral do menor e superaram o pátrio poder. O exercício da parentalidade é direcionada ao melhor interesse do(s) filho(s) e não para beneficiar os genitores que, sobretudo, após separação/divórcio utilizam, por vezes, do menor como instrumento de vingança em face do ex-cônjuge.

### **1.2.1 Da previsão do poder familiar na Legislação Brasileira**

O Código Civil de 2002, prevê nos artigos 1630 a 1638 regras norteadoras do poder familiar. Sabe-se, que o instituto é direcionado aos filhos menores (art. 1630 do CC). Logo, são estes, o foco da tutela jurisdicional conferida pelo legislador civilista que objetiva garantir e fomentar a doutrina da proteção integral reafirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente. Com a promoção da função social da autoridade parental no direito de família, nos últimos anos, que preza pelo binômio direitos e deveres dos genitores em face dos filhos, resta esvaziada a discussão acerca de atribuições paterna supremas e ilimitadas. Aos pais é conferida o dever de educar, guardar e sustentar dos filhos (art. 22 do ECA), mas ao Estado cabe fiscalizar e inibir eventuais excessos. Trata-se, da intervenção Estatal na família com o propósito de efetivar o disposto no artigo 227, *caput* da Constituição Federal.

Sob esse enfoque, Farias e Rosenvald (2012, p. 157) propunham o conceito de Direito das famílias mínimo ao defenderem a Intervenção mínima do Estado nas relações familiares. Aduzem que: “toda e qualquer ingerência estatal somente será legítima e justificável quando tiver como fundamento a proteção dos sujeitos de direitos, notadamente daqueles vulneráveis, como a criança e o adolescente [...]”. Busca-se o equilíbrio entre a fiscalização do Estado e a autonomia dos pais no exercício do poder familiar.

Aponta Gonçalves (2012, p. 291) que são características do instituto ser: “indisponível, indivisível, imprescritível e incompatível com a tutela”. Indisponível, pois os genitores não podem transferir a outrem. Indivisível, ou seja, é conferido a ambos os pais. Imprescritível, visto que a ausência de exercício não implica em perda e é incompatível com a tutela, visto que “os filhos menores são postos em tutela em caso de os pais decaírem do poder familiar (art. 1728 do Código Civil)”.

O artigo 1631 manifesta a intenção do legislador em estabelecer a simultaneidade no exercício da responsabilidade parental. Observe-se: “Art. 1631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar **aos pais**; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade” (grifo nosso). Por essa razão, Diniz (2013) pondera que: “Tanto o pai como a mãe devem atuar na educação e formação dos filhos, não havendo distinção entre um e outro no exercício desse poder.” Logo, a exclusividade na autoridade parental é exceção no Direito Brasileiro, ocorre quando torna-se impossível a atuação de ambos os pais. Exemplifica-se com os casos de ausência, morte ou desconhecimento do(a) genitor(a). Quanto ao último, há previsão no artigo 1633 ao afirmar que o desconhecimento do pai, implica na atuação exclusiva do poder familiar pela mãe. Ademais, quando essa for incapaz fala-se no instituto da tutela que será posteriormente analisado.

O parágrafo único do artigo *supra*, retoma o ponto da intervenção Estatal na autoridade parental. Observe-se: “Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles **recorrer ao juiz** para solução do desacordo” (grifo nosso). É certo que, não é razoável os genitores recorrerem ao Judiciário para resolverem questões de menor complexidade. Suas tomadas de decisões caracterizam-se como deveres, mas são autônomas, visto que não é viável que o Estado esteja monitorando, a todo instante, como os pais atuam face aos filhos.

Essa situação, engessaria o exercício da autoridade parental e inviabilizaria o dever de educar dos pais. Nessa perspectiva, “deve-se buscar um equilíbrio para que os pais possam livremente criar e educar seus filhos sem abusos e que o Estado possa fiscalizar o exercício da função a eles atribuída, sem intervir diretamente na autoridade parental” (PATINÕ, 2012).

O direito à convivência familiar foi ressaltado no artigo 1632 do CC. Observe-se: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável **não alteram as relações entre pais e filhos** senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de

**terem em sua companhia os segundos”** (grifo nosso). Assim, o tratamento legal dispensado cria um mecanismo para assegurar o desenvolvimento pleno do menor com a participação de ambos os genitores, desvinculado da situação conjugal destes. Assim, separados ou não os genitores, o poder familiar face aos filhos persiste para afirmar a lógica do sistema jurídico brasileiro de proteção integral da criança e do adolescente. Na prática, sua eficácia é mitigada, pois as consequências decorrentes da separação ou divórcio atingem, em menor ou maior proporção, o vínculo afetivo estabelecido entre o menor e o genitor não guardião.

O rol exemplificativo das competências extraídas do poder familiar está disciplinado no artigo 1634 que foi alterado pela Lei nº 13.058 de 2014. Sua análise, foge ao objeto da discussão no momento e será tratada posteriormente.

### 1.3 DA SUSPENSÃO E DA EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

O exercício arbitrário do poder familiar enseja em duas consequências impostas pelo legislador: suspensão ou extinção. São hipóteses nas quais o Estado intervém diretamente no seio familiar e esvazia o(s) genitor(es) da autoridade parental imputada legalmente, seja de forma definitiva ou temporária.

A doutrina questiona se há distinção em relação a utilização dos vocábulos perda e destituição do poder familiar. Para Nader (2013, p.364): “a destituição não rompe os laços de parentesco entre o destituído e sua prole; apenas retira do genitor o poder de gerir a vida do menor e administrar seus bens”. Assim, defende que embora destituído da autoridade, persiste o vínculo parental e, por via de consequência, o dever de alimentos aos filhos, situação não ensejada pela perda. Nessa, por sua vez, os vínculos parentais se dissolvem e não resta nenhuma responsabilidade dos pais. A tendência doutrinária é utilizar destituição e perda do poder familiar como expressões sinônimas. Porém, aprofundar-se nesse ponto, foge ao objeto de discussão pretendido.

A perda ou extinção ocorre de forma definitiva e os casos estão taxativamente previstos no artigo 1635 do Código Civil que estabelece cinco situações, quais sejam: morte dos pais ou do filho, emancipação, maioridade, adoção e por decisão judicial. Ocorre que, o artigo 1635 deve ser combinado ao artigo 1638 que fixa os motivos que ensejam em decisão judicial capaz de destituir o poder familiar, quais sejam: castigo



imoderado, abandono e prática de atos contrários à moral e aos bons costumes. No que concerne a morte, esclarece Venosa (2010, p. 316) que “a morte de um dos pais não faz cessar o pátrio poder, agora poder familiar, que remanesce na pessoa do genitor sobrevivente”. Trata-se de lógica jurídica, dessa forma, apenas no caso de morte de **ambos** os pais ou do filho é que se configura a hipótese do art. 1635, I do Código Civil.

No caso da emancipação, contempla-se a voluntária e a judicial, dispostas no art. 5º parágrafo único, I do Código Civil. Na voluntária, exige-se que o menor tenha completado dezesseis anos, formalização por escritura pública e a concessão dos pais. Nesse ponto, ressalte-se que, se um dos genitores, por motivo injustificado, negar a autorização, é possível a supressão judicial. Ademais, “persiste a responsabilidade dos genitores por atos ilícitos praticados pelo filho emancipado” (MONTEIRO, SILVA, 2010, p. 510). A finalidade, é que o instituto da emancipação não seja utilizado pelos pais para eximirem-se das obrigações legais.

Na judicial, por sua vez, o magistrado concede a emancipação, exigindo-se, para tanto, assim como na voluntária, que o menor conte com dezesseis anos. No tocante à maioridade, sabe-se que, a autoridade dos pais sobre os filhos perdura até os dezoito anos de idade, momento em que se adquire capacidade plena para o exercício dos atos da vida civil.

A adoção é medida excepcional e irrevocável (art. 39 do ECA). Como forma de colocação da criança ou adolescente em família substituta, não só extingue o poder familiar, mas também os vínculos de parentesco. Com efeito, “morto o pai adotivo, o filho cai em estado de orfandade, não se restaurando absolutamente, como se poderia imaginar, o poder do pai natural”. (MONTEIRO, SILVA, 2010, p. 511).

Na primeira hipótese de extinção por decisão judicial do artigo 1638, I do Código, busca-se inibir os castigos desproporcionais imputados pelos pais aos filhos. O dispositivo torna-se polêmico, pois o legislador não definiu a expressão “castigar imoderadamente”. A Lei nº 13.010/2014, conhecida como Lei da Palmada ou Menino Bernardo, que somou o artigo 18-A ao Estatuto da Criança e Adolescente define castigo físico, mas questionamentos persistem acerca da extensão das correções impostas pelos genitores.

No inciso II, a extinção por abandono, engloba as diversas espécies: material, intelectual ou afetivo e visa prestigiar a criança/adolescente como sujeitos de direitos e, por consequente, reforçar a concretização do princípio da dignidade humana.

Afrontar a moral e aos bons costumes, também foram previstos na lei (inciso III). Nesse caso, afasta-se do menor a influência negativa dos pais que não possuem competência de gerarem um ambiente saudável que contribua para o pleno desenvolvimento da criança e a proporcione o mínimo de estabilidade. Por fim, o inciso IV envolve a compreensão das hipóteses de suspensão. Essas, caracterizam-se por serem temporárias e estão previstas no artigo 1637 do Código. Observe-se:

Art. 1637. 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**. (grifo nosso)

Infere-se do dispositivo que o magistrado para suspender o poder familiar deve analisar o caso concreto, pois “a lei civil não é precisa ao definir as hipóteses de suspensão; apenas indica genericamente as suas causas”. (NADER, 2013, p. 367). Nota-se, no entanto, o propósito de tutelar o mínimo existencial para a manutenção digna do menor ao reprimir o genitor que arruína os bens dos filhos. Apenas uma hipótese é objetiva, qual seja, a ocasionada pela condenação do pai ou da mãe por sentença penal irrecorrível maior de dois anos.

Destaca-se, por fim, o teor do artigo 23, *caput* do ECA que veda a perda ou suspensão do poder familiar pelo fato dos pais carecerem de recursos financeiros para suprirem as necessidades do menor. Isto é, a pobreza ou miséria não é causa que motive o Estado a intervir na família, salvo para viabilizar, através de políticas públicas, meios para a manutenção e desenvolvimento do seio familiar.

## **CAPÍTULO II – DOS INSTITUTOS DE PROTEÇÃO DOS INCAPAZES E A GUARDA NO DIREITO DE FAMÍLIA**

A proteção dos incapazes no sistema jurídico brasileiro aperfeiçoou-se com o evoluir da legislação e alcançou com a Constituição de 1988 e, posteriormente, com o Código Civil vigente um aspecto pessoal, afastando-se do viés patrimonial de outrora, característico do Código Civil de 1916. Para tanto, são previstos três institutos, quais sejam: tutela, curatela e guarda.

A tutela é voltada para os menores que estão ausentes do poder familiar. Na curatela, os protegidos são, em regra, os maiores incapazes que padecem de deficiência e não conseguem se auto administrarem. A legislação prevê ainda, curatelas especiais como para o nascituro. Na guarda, o direito brasileiro faz referência no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas em contextos diferentes. Será abordado, o aspecto civilista, mas fazendo as devidas remissões ao Estatuto quando se fizer necessário.

### **2.1 DA TUTELA NO DIREITO BRASILEIRO**

Como instituto de proteção do menor a tutela é conceituada por Dias (2010a, p. 598 - 599) como “o múnus público concedido, de preferência, a um parente ou até a um estranho, para zelar por uma pessoa menor de idade e administrar os seus bens. O tutor é titular de um poder-dever sobre a pessoa e os bens do pupilo”. Assim, nota-se que, a tutela e o exercício do poder familiar pelos genitores não subsistem simultaneamente, visto que incompatíveis. Reforça-se, pelo teor do artigo 1.728, do Código Civil ao prevê as hipóteses de cabimento do instituto. Observe-se: “Art.1728. Os filhos menores são postos em tutela: I - com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes; II - em caso de os pais decaírem do poder familiar. ”

Historicamente, a tutela foi contemplada em Roma e “nomeava-se tutor para os impúberes de ambos os sexos e para as mulheres púberes, em razão do sexo. A tutela da mulher, todavia, foi extinta com a evolução dos costumes” (NADER, 2013, p. 536). No direito brasileiro, o Código Civil de 1916 prestigiava os parentes do sexo

masculino para exercer a tutela, em afronta aos princípios que regem o direito de família moderno. Ilustra-se, com a previsão do art. 409 que conferia ao menor a tutela dos “irmãos, preferindo os bilaterais aos unilaterais, o de **sexo masculino ao do feminino**, o mais velho ao mais moço” (grifo nosso). Para Monteiro e Silva (2010, p. 574) “colidia com a regra constitucional da plena igualdade entre homens e mulheres (Constituição de 1988). Essa questão, no entanto, foi devidamente solucionada com a redação do Código Civil de 2002”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê o instituto da tutela dos artigos 36 ao 38. Nesse, a tutela é uma das modalidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta, assim como a adoção e a guarda. A doutrina de Lôbo (2011, p 413) compara a disciplina empregada pelo Estatuto e o Código Civil, afirmando-se que “a tutela, no âmbito do Código Civil, é mais ampla, com finalidade própria de proteção do menor, independentemente de sua inserção em família substituta”.

Destaca Nader (2013, p.538 - 539) que são características do instituto: “suprimento de incapacidade, obrigatoriedade do *múnus*, função personalíssima do tutor, *múnus* temporário e exclusividade”. Embora, a obrigatoriedade norteie o instituto, assinala-se que é possível a recusa, desde que justificada. Estabelece o artigo 1.736 do Código Civil as pessoas que podem recusá-la, encontrando-se as mulheres casadas, os maiores de sessenta anos, aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos, os impossibilitados por enfermidade, aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela, aqueles que já exerceram tutela ou curatela e os militares em serviço.

Observe-se que, o legislador utilizou da razoabilidade ao mitigar a obrigatoriedade da tutela nessas hipóteses, pois o Estado imputar a responsabilidade de uma criança ou adolescente, a um maior de sessenta anos, por exemplo, ou a quem está acometido de uma enfermidade, pode agravar a hipossuficiência dos envolvidos. E mais, confere-se a tutela a quem não é parente do menor, de forma subsidiária, caso não tenha um parente apto a exercê-la (artigo 1.737 do CC). Nota-se, que o intuito do legislador foi preservar o convívio da criança/adolescente com sua família biológica, reafirmando a proteção do seu estado de hipossuficiência e evitando mudanças repentinas que ensejem em prejuízo na sua formação.

Quanto às espécies de tutela, a doutrina baseando-se na lei elenca três, quais sejam: testamentária, legítima e dativa. Explica Diniz (2010, p. 643) que a primeira “é

a que se institui em virtude de nomeação de tutor aos menores, por ato de última vontade (testamento, codicilo ou outro documento autêntico), por ambos os pais ou, havendo justo motivo, por um deles, desde que tenham o poder familiar”. Tal previsão, funda-se no artigo 1.729 do Código Civil e “a liberdade de escolha dos pais é ampla, podendo a sua preferência recair em parentes, padrinhos ou em pessoas estranhas, desde que revelem idoneidade e aptidão para exercer o *munus*” (NADER, 2013, p. 540). Lembra-se ainda, que nesse caso não há necessidade de anuência judicial, o magistrado limita-se a aferir se o ato respeitou as formalidades exigidas pela lei. E mais, em caso de nomeação por testamento, cada genitor nomeia individualmente, pois é inviável o testamento conjunto em respeito ao teor do artigo 1.863 do Código.

Em Monteiro e Silva (2010, p. 574) a tutela legítima é “deferida pela lei aos parentes consanguíneos do menor, na falta de tutela testamentária, por inexistência ou nulidade”. Essa espécie, está prevista no artigo 1.731 do Código que elenca a ordem de nomeação dos parentes e é subsidiária em relação a testamentária. A lei prevê que independente do caso o “juiz escolherá o mais apto a exercer a tutela em benefício da criança”, ou seja, a ordem não é engessada, ao aferir o caso concreto o magistrado pode preferir um em detrimento de outro, desde que, seja para o melhor interesse da criança ou adolescente.

Aduz Venosa (2010, p. 445) que a tutela dativa é “exercida por um terceiro, estranho à consanguinidade estabelecida no dispositivo 1.731”. O artigo 1.732 disciplina as hipóteses em que compete ao magistrado nomear o tutor, quais sejam: ausência de tutela testamentária ou legítima, quando houver exclusão ou escusa do tutor ou quando forem removidos por não serem idôneos. O resultado, embora, implique em convívio do menor com pessoa estranha ao seu núcleo familiar deve ser vantajosa, pois a plena formação do infante deve ser resguardada.

Por fim, vislumbra Monteiro e Silva (2010, p. 576) uma quarta espécie de tutela, qual seja, a irregular “em que não há propriamente nomeação, em forma legal, mas em que o suposto tutor vela pelo menor e seus interesses, como se estivesse legitimamente investido do ofício tutelar”.

### 2.1.1 Encargos decorrentes da Tutela

O artigo 407 do Código Civil de 1916 contemplava a tutela e estabelecia um rol amplo de legitimados que estavam aptos a indicar o tutor ao menor. Observe-se: “O

direito de nomear tutor compete ao pai, à mãe, ao avô paterno e ao materno. Cada uma destas pessoas o exercerá no caso de falta ou incapacidade das que lhes antecederem na ordem aqui estabelecida”. Tal previsão, foi criticada e para Monteiro e Silva (2010, p. 572): “essa regra foi herdada do direito romano, uma vez que, em nosso direito, o poder familiar cabe exclusivamente aos pais, e só a estes deveria competir, portanto, em sua derradeira manifestação, o direito de nomear tutor”. O Código Civil vigente, limitou o direito de nomear o tutor aos pais que estão exercendo o poder familiar, consoante interpretação aferida do artigo 1.729 combinado com o artigo 1.730.

A tutela configura-se como um *múnus público*, logo há encargos estabelecidos e fiscalizados pelo Estado. Entre outros, são deveres: representar o menor até 16 anos e assisti-lo, após essa idade, até os 18 anos; receber rendas e pensões do menor; fazer as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens; alienar os bens do menor destinados a venda etc (artigo 1.747 do CC).

Explica Dias (2010a, p. 599) que: “os encargos do tutor são, praticamente, apenas de ordem patrimonial, ou seja, não há comprometimento maior com o caráter protetivo ditado pela Constituição e pelo ECA”. Assim, a doutrina levanta o ponto acerca do aspecto patrimonial conferido pelo legislador civilista ao instituto da tutela em detrimento da proteção integral do menor. Critica-se, pois, o resquício do patrimonialismo que era determinante no Código Civil de 1916, mesmo após a Constitucionalização do Direito Civil.

### **2.1.2 Impedimentos. Cessação e destituição da Tutela**

O artigo 1.735 do CC estabelece as pessoas que estão impedidas de exercerem a tutela. São elas: aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens; os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela; as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores, entre outros. Percebe-se que, o intuito do legislador foi afastar tutores que possuem um perfil desregrado e

possam influenciar negativamente a formação do menor, bem como comprometer a gestão do patrimônio.

Conforme *supramencionado*, uma das características da tutela é ser um *múnus* temporário, razão pela qual, a lei prevê os casos de cessação. Nesse sentido, aponta Nader (2013, p. 562) que “a tutela se justifica enquanto o tutelado não alcança a plena capacidade e não é colocado sob poder familiar”. Os artigos 1.763 a 1.765 estabelecem rol exemplificativo e preveem que se encerra a tutela quando: ocorre a maioridade ou emancipação do menor; no caso de reconhecimento ou adoção; escusa legítima; tutor removido ou expiração do termo. A tutela possui um prazo de dois anos, mas pode ser estendida em razão do interesse do menor. Finda-se, com a destituição da tutela que ocorre por negligência, prevaricação ou incursão (art. 1.766 do CC).

## 2.2 DA CURATELA NO DIREITO BRASILEIRO

A Curatela, também caracteriza-se como um instituto de proteção sendo que, em regra, é direcionada aos maiores incapazes. Consoante Farias e Rosenvald (2012, p. 991) curatela é “o encargo imposto a uma pessoa natural para cuidar e proteger uma pessoa maior de idade que não pode se autodeterminar patrimonialmente por conta de uma incapacidade”. Explica Venosa (2010, p. 462) que “a finalidade da curatela é principalmente conceder proteção aos incapazes no tocante a seus interesses e garantir a preservação dos negócios realizados por eles com relação a terceiros”. Ocorre que, não só aos maiores incapazes é conferida a curatela, mas também há situações no Código Civil que preveem para os menores incapazes, desde que padeçam de deficiência mental e ainda, o artigo 1.779 que determina curador aos nascituros.

Historicamente, assim como a tutela, a curatela foi contemplada no Direito Romano e “inicialmente destinava-se apenas aos *furiosi*, que não tinham a proteção do chefe de família ou de um tutor e eram inteiramente privados de discernimento, embora pudessem ter intervalos lúcidos” (NADER, 2013, p. 567). Posteriormente, houve a distinção entre *furiosi* e *mente capti*, ocasião em que a curatela foi estendida a esses. Acrescenta Nader (2013, p. 567) que os “*mente capti* apresentavam algum tipo de discernimento, mas sua inteligência era reduzida.” E ainda, “em segundo

momento, a curatela estendeu-se aos pródigos”. Observa-se que, a proteção Estatal expandiu-se com o evoluir da história para contemplar um rol amplo de pessoas que não conseguem se autogovernarem, evidenciando a conquista da titularização de direitos e a responsabilidade com os incapazes.

### **2.2.1 Da interdição dos incapazes e efeitos da sentença interditória**

O Código Civil elenca um rol de pessoas que devem estar submetidas a curatela, quais sejam: quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; quem, por outra causa duradoura, não puder exprimir a sua vontade; os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; os excepcionais sem completo discernimento e ainda, os pródigos (artigo 1.767).

Desses, merece considerações a figura do pródigo. O Código de 1916 já tratava do pródigo e o legislador de 2002 manteve o regramento. Aduz Monteiro e Silva (2010, p. 593) que “pródigo é o indivíduo que desordenadamente desbarata sua fortuna, com risco de reduzir-se à miséria [...] pressupõe habitualidade nas dissipações, vida desregrada e gastos imoderados”, ou seja, a curadoria do pródigo visa evitar que o excesso de gastos resulte em um hipossuficiente que dependa de assistencialismo estatal para sobreviver. Resguarda-se seu mínimo existencial. Destaca-se que, o pródigo só está inibido de administrar seus bens (artigo 1.782), “as restrições são de cunho exclusivamente patrimonial, não tem eles restrições de caráter pessoal” (VENOSA, 2010, p. 469).

A Lei determina os legitimados para proporem a interdição do incapaz e, entre eles, encontram-se os pais ou tutores, o cônjuge, ou por qualquer parente e o Ministério Público (artigo 1.768). Lembra Lôbo (2011, p. 422) que “para a curatela, diferentemente da tutela, a lei estabelece uma ordem de preferência para exercê-la, que observa probabilidade de maior afetividade e disponibilidade para o cuidado.” Tal previsão, está no artigo 1.775 do Código e prestigia o cônjuge ou companheiro, desde que, não esteja separado judicialmente ou de fato, como curador.

Ressalta Dias (2010a, p. 619) que na “união estável homoafetiva, é mister reconhecer o direito do parceiro de promover a interdição do par e de ser nomeado seu curador”, ou seja, após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº



4277 e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 pelo Supremo Tribunal Federal em 2011 que reconheceu a união estável homoafetiva deve-se resguardar os direitos conferidos a essa entidade familiar em sua plenitude.

A curadoria, em regra, exige o processo de interdição, assegurado o contraditório e ampla defesa do suposto curatelado. Anota Monteiro e Silva (2010, p. 598) que “ao magistrado cabe, em regra, acatar as conclusões dos especialistas, a menos que o laudo seja incongruente, contraditório ou imprestável. Havendo dúvida sobre as conclusões, a interdição não deve ser decretada”. Assim, considerando que curatela é uma medida excepcional no sistema civilista, só deve ser decretada quando não subsistir dúvidas acerca da incapacidade aferida.

Quanto à eficácia da sentença, entende Venosa (2010, p. 475) tratar-se de “sentença de conteúdo constitutivo. Não pode a incapacidade firmada na sentença retroagir a período anterior”. Entretanto, não há consenso na doutrina acerca desse ponto. Por fim, cessados os motivos que ensejaram a interdição, extingue-se a curatela.

### 2.2.2 Dos encargos da Curatela

A prestação de contas é uma das obrigações do curador que visa fiscalizar o exercício do *múnus público* e impõe responsabilidade com as finanças do curatelado. Não se pode olvidar que o artigo 1.783 do Código, afasta a prestação de contas no caso do curador ser o cônjuge casado no regime de comunhão universal. Explica Nader (2013, p. 580) que “a inexigência de prestação de contas se justifica, uma vez que no regime da comunhão universal comunicam-se os bens existentes antes do casamento, bem como os adquiridos na sua constância”, ou seja, a má administração do patrimônio enseja, por via de consequência, prejuízo ao curador, tendo em vista que gere também seu patrimônio. Ademais, por tratar-se do cônjuge e o legislador presumiu companheirismo e solidariedade entre o casal, razão pela qual, afastou a responsabilidade de prestar contas.

Ademais, a curadoria como *múnus público*, tal qual a tutela, enseja encargos para os curadores que são fiscalizados pelo Estado. Ocorre que, aplica-se a curatela as regras da tutela, consoante o artigo 1.781 do CC. Logo, cabe ao curador a guarda, administração dos bens, educação, entre outros.

## 2.3 A GUARDA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Com o término das relações de afeto o Direito de Família tem a incumbência de regular seus efeitos adversos, atendendo aos interesses legítimos de todas as partes envolvidas, sobretudo dos menores. A guarda é uma dos mecanismos específicos responsáveis pela proteção dos filhos, tendo seus critérios de determinação amoldados à evolução da legislação brasileira sobre o tema.

O sistema jurídico brasileiro faz referência à guarda no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas em contextos diferentes. No âmbito da legislação civilista, “a guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho” (LÔBO, 2011, p. 190). Conflitos entre os genitores pela guarda é regulamentado pelo Direito de Família. O Estatuto da criança e do adolescente, por sua vez, trata do instituto como uma das modalidades de colocação do menor em família substituta, ou seja, o poder familiar foi destituído dos pais e será deferido a outrem. Nesse caso, a competência é do Juízo da Infância e Juventude. Interessa-se, pois, o tratamento conferido pelo Código Civil.

Na redação original do Código Civil de 1916 o legislador não permitia a dissolução do vínculo matrimonial, mas havia previsão do capítulo denominado “Da proteção da pessoa dos filhos”, pois admitia-se o rompimento da sociedade conjugal através do desquite. “As pessoas desquitadas não estavam mais casadas, mas não podiam casar novamente. Não havia mais deveres conjugais e nem a comunicabilidade patrimonial” (DIAS, 2010c, p. 18).

Previa o artigo 325 do Código de Beviláqua que: “no caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.” Como o legislador delegou aos pais a responsabilidade de acordarem quem ficaria com a guarda dos menores, sem estabelecer critérios, em regra, a mulher era a guardiã e o pai fornecia os alimentos, baseando-se no sistema patriarcal da época.

O artigo 326, por sua vez, ao tratar do desquite litigioso, estabeleceu como critério de determinação da guarda a inocência do cônjuge que não deu causa ao fim da sociedade matrimonial, aduzia o *caput*: “Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente”. Seus parágrafos estabeleciam distinção entre o sexo e a idade dos menores para deferir a guarda ao pai ou a mãe. Observe-se: “§ 1º

Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. § 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.”

A Lei nº 4.121, de 1962, conhecida como Estatuto da Mulher casada, provocou alterações no Código Civil de 1916, ampliou os direitos da esposa, e ainda, revogou o dispositivo que tornava a mulher relativamente incapaz após o casamento. Quanto ao desquite litigioso o parágrafo primeiro do artigo 326 passou a vigorar com a seguinte redação: “Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles”. Vê-se que, o legislador civilista preteriu o genitor da guarda no caso de culpa concorrente, como preleciona Monteiro (1997, p. 229): “Quis o legislador, portanto, desenganadamente, fortalecer a posição da mãe, atribuindo-lhe o direito de ter consigo todos os filhos, ainda que igualmente culpada pela terminação da sociedade conjugal, desde que também o fosse o outro cônjuge”.

Registra-se que, no texto original do Código Civil de 1916 como no Estatuto da mulher casada, havia dispositivo que conferia amplos poderes de decisão ao magistrado que, após, análise do caso concreto poderia decretar a guarda em desacordo com os artigos *supra*. A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, inovou o Direito de Família Brasileiro ao regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Houve a introdução do divórcio que, permitiu aos ex-cônjuges casar-se novamente. Era admitido divorciar-se uma vez, sendo que a possibilidade de divórcios sucessivos tornou-se realidade com a Lei nº 7.811, no ano de 1989. O desquite passou a denominar-se separação judicial, mas o resultado era idêntico, qual seja, não dissolvia o casamento.

A regra do desquite amigável, outrora citada, permaneceu, logo no caso de separação consensual ficava estabelecido o ajustado entre os genitores quanto à guarda dos filhos. Ao juiz era permitido interferir no acordo observando o melhor interesse da criança. No caso de separação litigiosa, a Lei fixou critérios diferentes, mas ainda era relevante aferir a culpabilidade do cônjuge responsável pelo fim da sociedade conjugal. “Presume a lei, pelo visto, que o cônjuge inocente é quem tem idoneidade para tomar conta dos filhos, até porque a culpa do outro é quase sempre de ordem a contra-indicá-lo para o mister [...]” (GOMES, 2000, p. 269).

Havendo litigiosidade, o critério para fixação da guarda dependia da espécie de separação previstas na Lei do Divórcio. “A lei estabelecia três causas de separação

judicial: grave violação dos deveres do casamento, conduta desonrosa e grave doença mental” (GOMES, 2000, p. 237).

Da conjugação do artigo 5º, *caput* e 10 da Lei do divórcio, concluía-se que, no caso de separação judicial pedida por um só dos cônjuges quando imputasse ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importasse em grave violação dos deveres do casamento e tornasse insuportável a vida em comum, os filhos menores ficariam com o cônjuge que não houvesse dado causa.

Do artigo 5º, parágrafo primeiro e 11, por sua vez, depreendia-se que, quando a separação judicial ocorresse pelo pedido de um dos cônjuges provando a ruptura da vida em comum há mais de 5 (cinco) anos consecutivos e a impossibilidade de sua reconstrução, os filhos ficariam em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum. A Lei nº 8.408 de 1992 promoveu significativa modificação quanto ao decurso de tempo da ruptura da vida em comum. Diminuiu de 5 (cinco) anos para mais de um ano consecutivo.

Das disposições do artigo 5º, parágrafo segundo e 12, inferia-se que o pedido de separação judicial por um dos cônjuges quando o outro estivesse acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que tornasse impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tivesse sido reconhecida de cura improvável, o juiz deferia a entrega dos filhos ao cônjuge que estivesse em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação.

Vê-se que, uma das consequências adversas de provocar o fim do matrimônio era privar-se da convivência dos filhos, que seriam guardados pelo consorte inocente. Os princípios norteadores da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, o Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002) somando-se a consolidação dos princípios do melhor interesse da criança e da paternidade responsável, inovaram o direito de guarda dos filhos, pois valorizaram o genitor que melhor demonstrasse condições de fomentar o desenvolvimento pessoal do menor em um ambiente ético, solidário e afetivo. O teor do artigo 1.584 do Código Civil vigente outrora aduzia que: “decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”.

Isto significa que, o legislador relegou a culpabilidade e prestigiou o bem estar do menor. “Atualmente, já não mais importa se algum dos cônjuges teve culpa na

separação, por considerar o legislador que a culpa de um cônjuge pelo rompimento do casamento não significa necessariamente que ele não seja bom pai ou boa mãe” (LIGIERA, 2006, p. 14).

A redação anterior do artigo. 1.583 do Código vigente, repetia a regra disposta no Código Civil de 1916, bem como na Lei de Divórcio acerca do fim do matrimônio de comum acordo, pois estipulava que: “No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”. A aplicação do acordo entre os genitores era admissível em casos que não prejudicasse os filhos, pois era analisado pelo juiz.

Ambos os dispositivos *supra*, foram revogados pela Lei nº 11.698/2008 que remodelou o capítulo que trata da “Proteção da Pessoa dos Filhos” e inseriu a modalidade de guarda compartilhada no Direito de Família, assim como estabeleceu regras de aplicação da guarda unilateral.

O direito de visitas e de fiscalização do genitor não guardião estava previsto no Código de 1916 e foi confirmada pelo Estatuto da Mulher Casada e pela Lei do Divórcio. Nessa, o artigo 15 prescrevia que: “Os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”. O Código Civil vigente no artigo 1589 aduz que: “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”. A fiscalização é decorrência do poder familiar que, conforme registrado, não se extingue com o fim do casamento ou da união estável.

A Lei 12.398 de 2011 que regulamentou a Alienação Parental inseriu ao artigo *supra* o parágrafo único que estendeu o direito de visita aos avós, como uma demonstração que o legislador agregou o afeto como valor jurídico para as decisões nos juízos de família e valorizou, sobremaneira, a convivência familiar. Apresenta-se o teor do parágrafo único: “O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente”.

Com a introdução da mulher no mercado de trabalho, a figura paterna inseriu-se no cotidiano dos filhos, acarretando uma relação pai/filho ativa. Essa conjuntura resultou na reivindicação do pai pela guarda dos filhos em juízo quando da ruptura conjugal desmitificando a regra que os filhos devem sempre estarem na companhia

materna. Registra-se que, o critério determinante para fixar a guarda não é financeiro ou afetivo.

As decisões do magistrado quanto à guarda e às visitas dos filhos não são definitivas, logo não fazem coisa julgada, pois devem se adaptarem as condições atual do guardião. “A questão da guarda admite revisão, sempre a bem do menor, com base no princípio *rebus sic stantibus*, não havendo coisa julgada” (GONÇALVES, 2012, p. 202).

Do exposto, vê-se que um longo caminho foi percorrido para na aplicação da guarda dos filhos o legislador priorizar os interesses dos menores envolvidos e distinguir conjugalidade e parentalidade. Defere-se a guarda, fundamentando-se na supremacia do bem-estar do infante e não com o intuito de sancionar os genitores.

### 2.3.1 Das modalidades de guarda

Para Monteiro e Silva (2010, p.386), “guarda é o direito e ao mesmo tempo um dever dos genitores de terem seus filhos sob seus cuidados e responsabilidades, cuidando de sua educação, alimentação e moradia”. Logo, sendo a guarda um dos elementos que compõem o poder familiar pressupõe-se que, após a ruptura dos vínculos matrimoniais a convivência dos filhos com os genitores não deve sofrer prejuízo, uma vez que essa situação não acarreta perda, suspensão ou extinção do poder familiar. A forma de cuidado e responsabilidade para com os filhos desenha-se conforme a modalidade de guarda deferida pelo magistrado. A doutrina especifica os modelos de guarda dos filhos em: guarda comum, unilateral, alternada, aninhamento e compartilhada.

A guarda comum ou legal resulta do exercício do poder familiar dos genitores na constância da sociedade conjugal ou união estável. Os pais a desempenham em regime de igualdade em consonância com o artigo 1.631 do Código Civil.

A guarda unilateral é conceituada legalmente no parágrafo primeiro do artigo 1.583 do Código Civil sendo “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”. Desse modo, apenas um dos genitores exerce a guarda sobre o menor, ao outro se atribui as visitas e a fiscalização. Com a decisão pela guarda unilateral as varas de família originam, consoante doutrina de Lôbo (2011, p. 199) “pais-de-fins-de-semana” ou “mães-de-feriados”, uma vez que o genitor não guardião, nesse quadro,

configura-se como mero visitante, não usufruindo da convivência do filho de maneira igualitária com o antigo consorte, potencializando a instauração do fenômeno da alienação parental devido à infrequência daquele que não possui a guarda. A escolha do guardião deve favorecer aos interesses do menor que se configura como hipossuficiente e ser fixada para o genitor que demonstre melhores condições para exercê-la.

Na guarda alternada ou pendular, “estabelecem-se períodos em que o filho permanece com um dos genitores e depois com o outro, sendo que, durante cada um desses períodos, um dos pais exerce a guarda com exclusividade” (MONTEIRO; SILVA, 2010, 386). Vê-se que, esse modelo, não oferece ao menor referencial, pois há o deslocamento da criança para a residência do detentor da guarda no período determinado. Não é prevista na Lei brasileira, mas é admitida pela jurisprudência.

No modelo de guarda por nidação ou aninhamento o filho permanece em uma residência e quem alterna são os genitores. Nota-se que, o instituto prioriza o referencial do menor, mas é falho quanto ao constante deslocamento dos pais que, por conseguinte, enseja na majoração das despesas. A aplicação da modalidade inviabiliza-se “tendo em vista os altos custos que impõe a sua manutenção, posto que haveria de ter uma residência para o pai e outra para a mãe, e mais uma terceira para o filho, que recepcionaria, alternadamente, os pais” (SILVA, 2012, p.20). Ressalte-se que, esse modelo não é previsto na legislação brasileira.

A Guarda Compartilhada ou conjunta é definida pelo teor do §1º do artigo 1.583 do Código Civil que foi modificado pela Lei nº 11.698/2008. Conforme redação do dispositivo: “guarda compartilhada é 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”. Na prática, embora seja a guarda unilateral a modalidade constantemente deferida pelos tribunais é a guarda compartilhada regra no Código Civil Brasileiro.

Ressalte-se que na guarda compartilhada os menores são mantidos em uma residência principal escolhida por ambos os pais, uma vez que o instituto esforça-se por resguardar ao menor segurança, inclusive referencial. Nóbrega (2008, p. 28) aduz que “busca-se preservar, em favor dos filhos, a indicação de uma residência que lhes deve servir de referência principal, possibilitando-lhes a manutenção de uma vida normal e regular com o cultivo de atividades cotidianas”.

A Lei nº 11.698/08 que regulamenta a guarda compartilhada trouxe inovações significativas que contribuem para manter o vínculo afetivo entre os pais e os descendentes após a ruptura conjugal, merecendo destaque a substituição do termo “visitante” para “convivente” em relação a figura do não guardião. A inexistência do “visitante” demonstra o comprometimento do instituto de assegurar o direito do filho de permanecer com pai e mãe.

Vê-se que, a guarda compartilhada segue a linha do Código Civil vigente que no artigo 1.632 aduz: “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”. Preza-se pela responsabilidade conjunta de ambos os genitores em relação ao menor, na tentativa de conservar os vínculos afetivos existentes e desvalorizar a condição de visitante.

A escolha do juiz quanto ao modelo de guarda aplicada depende da análise do caso concreto. Para o deferimento da guarda compartilhada é necessário que ambos os genitores ostentem condições de responsabilizar-se pelo menor. Logo, a disputa é equilibrada, de tal forma que, os benefícios que os ex - consortes podem oferecer ao filho(a) equiparam-se. Nesse cenário, o melhor para a formação da criança/adolescente é a convivência igualitária com os genitores que devem estabelecer diálogos para resolverem sobre todas as questões pertinentes a vida do filho(a) como escola, religião, esportes, eventos culturais, etc. Não há que se cogitar divisão de responsabilidades se um dos genitores não possui características favoráveis ao pleno desenvolvimento do menor. Como exemplo, cita-se um viciado em psicotrópicos ou doente mental que por não se administrar está impossibilitado de concorrer pela guarda do filho.

### **2.3.2 Responsabilidade civil dos pais por atos de seus filhos**

Sabe-se que, os pais são civilmente responsáveis pelos atos dos filhos que causam danos a outrem. Ocorre que, com a dissolução da sociedade conjugal ou da união estável há divergência quanto as consequências jurídicas na responsabilidade pelos atos do(a)s filho(as) menores dependendo da modalidade de guarda adotada pelo magistrado, quais sejam, unilateral, alternada ou compartilhada.



A responsabilidade civil dos pais inclui-se na responsabilidade por fato de outrem ou indireta e está preconizada no artigo 932, inciso I do Código Civil. Observe-se: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; [...]”. A responsabilidade por ato de outrem assegura a finalidade precípua de ressarcir o dano independentemente do patrimônio do autor. “O objetivo da norma é aumentar a possibilidade de a vítima receber a indenização, já que o menor, ordinariamente, não tem patrimônio próprio suficiente para reparar o dano” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 186).

Vê-se que, quando os pais respondem pelos atos ilícitos dos filhos excepciona-se a noção tradicional de responsabilidade civil, pois a obrigação de ressarcir o dano não é daquele que efetivamente praticou a conduta ilícita, mas do seu guardião, o indivíduo que deve vigiá-lo, sendo que na constância do matrimônio é dever jurídico de ambos os genitores, conforme artigos 226, §5º da Constituição Federal e 1.511 do Código Civil. Destaca-se, a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual ou aquiliana. “Uma pessoa pode ocasionar prejuízo a outra tanto por descumprir uma obrigação contratual como por praticar outra espécie de ato ilícito” (RODRIGUES, 2003, p.8). Logo, a contratual decorre de negócio jurídico firmado entre as partes antes de surgir a obrigação de indenizar e a extracontratual, a obrigação de reparar é consequência de previsão legal expressa. Nesse sentido, a responsabilidade dos pais classifica-se como extracontratual.

Do foco da discussão, torna-se indispensável descortinar os elementos ou pressupostos configuradores da responsabilidade civil. São eles, consoante Rodrigues (2003, p. 14): ação ou omissão do agente, culpa, relação de causalidade e dano experimentado pela vítima. A culpa não é elemento indispensável e enseja na classificação da responsabilidade em subjetiva e objetiva. Aponta Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 13 - 14) que a responsabilidade civil subjetiva “é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo”. E acrescentam que, na objetiva “o dolo ou a culpa na conduta do agente é irrelevante juridicamente”. O Código vigente adotou a responsabilidade objetiva, conclusão da interpretação do artigo 932, I, *supramencionado* conjugado com o artigo 933 que aduz: “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, **ainda que não haja culpa de sua parte**, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos” (grifo nosso).

No caso de ato danoso praticado pelos filhos, os pais serão corresponsáveis, aplicando-se o artigo 942, parágrafo único, do Código Civil: “[...] São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”. Logo, no momento do ato ilícito que ocasiona o dano é indiferente quem resguarda a criança, pois ambos os genitores serão, em regra, responsabilizados.

Ocorre que após a dissolução da sociedade conjugal e a fixação da guarda dos filhos, não são unânimes a doutrina e a jurisprudência quanto à aplicação das regras da responsabilidade civil dos pais, pois dependendo da hermenêutica empregada pelo julgador a expressão prevista no artigo 932, inciso I, qual seja: “filhos menores que estiverem **sob sua autoridade e em sua companhia**” (grifo nosso), confere - se ou exclui -se a responsabilidade dos genitores, sobretudo quando da concessão da guarda unilateral ou exclusiva.

Leciona Venosa (2006, p. 74) que: “Se sob a guarda exclusiva de um dos cônjuges se encontra o menor por força de separação, divórcio ou regulamentação de guarda, responderá apenas o pai ou a mãe que tem o filho em sua companhia.” Verifica-se que, a interpretação conferida ao dispositivo *supra* foi restritiva, pois considera-se responsável somente o guardião que convive diretamente com o menor e não estende ao outro genitor, bem como desconsidera o dever de fiscalização e a aplicação dos princípios inerentes a proteção do menor.

Entretanto, com o *status* constitucional do princípio do poder familiar somado ao melhor interesse da criança/adolescente, a tendência das decisões é imputar aos pais, independente da modalidade de guarda fixada, a solidariedade em face da reparação dos danos ocasionados pelo filho(a) menor. O fundamento é que o poder familiar não é suspenso ou extinto com a separação ou divórcio. E outra, o Código Civil prevê o dever de supervisão do filho pelo genitor que não detém a guarda unilateral (art. 1583, § 5º), reforçando o intuito do legislador em assegurar a permanência do poder familiar em relação ao não guardião.

Ademais, no direito de família moderno, tendo em vista a assunção do poder familiar, as relações entre pais e filhos está norteadas pela função social da autoridade parental, que segundo Costa Filho (2011): “caracteriza-se pelo fato deste “poder” dever ser exercido em prol do interesse na realização dos filhos como pessoas em desenvolvimento”. Assim, a responsabilidade conjunta dos pais não se limita à reparação dos danos causados pelos filhos, mas há o seu alargamento que deve abranger os custos na educação, saúde, lazer e cultura em prol do filho(a) visando a

plenitude de seu desenvolvimento. Aferir a intensidade da responsabilidade dos pais pela modalidade de guarda fixada pós divórcio é afastar-se da paternidade responsável constitucionalmente tutelada.

Todavia, isso não exclui a possibilidade de, em alguns casos isolados, ser adotada a hipótese de exclusão da responsabilidade civil dos genitores. O Superior Tribunal de Justiça já afastou a responsabilidade do genitor não guardião, visto que o conjunto probatório demonstrou que a culpa foi exclusiva da genitora que convivia com o menor e atuou de maneira negligente e ilegal. Observe-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DE FILHO MENOR - PRESUNÇÃO DE CULPA - LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIEDADE, DO GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA - POSSIBILIDADE - NÃO OCORRÊNCIA IN CASU - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. [...] III - No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que **a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia**, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de **modo irregular** e guardada **sem qualquer cautela** (fls. 625/626). IV - Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrido, **é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor**, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima. V - Recurso especial desprovido. (STJ - REsp: 777327 RS 2005/0140670-7, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 17/11/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2009) (grifo nosso)

Logo, a tendência da jurisprudência, inclusive do STJ, é no sentido de responsabilizar solidariamente os pais pelos atos danosos dos filhos independente do divórcio ou separação, em consonância com os princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, resta esvaziada a discussão acerca de qual modalidade de guarda foi atribuída pelo juiz, se unilateral, alternada ou compartilhada para aferir a responsabilidade dos genitores. Embora, a guarda compartilhada evidencie a responsabilidade conjunta, na exclusiva também ficam os pais solidariamente responsáveis pelo filho(a).

### **CAPÍTULO III - GUARDA COMPARTILHADA COMPULSÓRIA: ENTRE O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A CONSAGRAÇÃO DO PODER FAMILIAR**

A guarda compartilhada foi regulamentada no Direito Brasileiro pela Lei nº 11.698/2008 que promoveu modificações no artigo 1.584 do Código Civil. Ocorre que, a redação do dispositivo provocou interpretações divergentes quanto a aplicação do instituto e ensejou teses que defendiam ou repudiavam o compartilhamento dependendo do estado de beligerância entre os ex-cônjuges. No geral, admitia-se a guarda compartilhada em face do consenso entre os genitores.

Não obstante o advento da Lei *supra*, os tribunais brasileiros persistiram aplicando, como regra, a guarda unilateral. Recorda-se que, nessa o menor fica sob a autoridade do guardião que, em regra, é a mãe e ao outro genitor confere-se o direito de visitas e o dever de fiscalização. Esse modelo é criticado pela doutrina, visto que prejudica o convívio familiar do menor com ambos os genitores e, por via de consequência, afronta a doutrina da proteção integral que é concretizada pela busca de seu melhor interesse.

Nesse contexto, surgiu proposta de modificação que procurou sanar a divergência nas interpretações do artigo 1.584 do Código Civil. Buscou-se determinar o verdadeiro intuito do legislador civilista ao tratar da guarda compartilhada. Tal previsão, foi promovida pela Lei nº 13.058 de 2014 que, entre outras novidades, instaurou a compulsoriedade da guarda compartilhada como regra do direito brasileiro. Desse cenário, insurgiram-se argumentos positivos e negativos da doutrina que serão posteriormente objeto de discussão.

#### **3.1 DA LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014**

Ao debruçar-se sobre as doutrinas que tratam da guarda compartilhada encontram-se posições divergentes quanto a aplicação do instituto. Parcela da doutrina defende que esse modelo de criação nunca poderá ser fixado se não houver consenso entre os genitores. Por outro lado, outros admitem a tese de que o magistrado pode compartilhar a guarda independente da beligerância entre os pais, visto que essa seria a regra estabelecida pelo legislador desde a entrada em vigor da

Lei nº 11.698/2008 que modificara o texto do parágrafo segundo do artigo 1.584 do Código Civil. Os juízes de primeira instância, majoritariamente, são defensores da tese que se compartilhe a guarda, tão somente, quando há consenso entre os pais. Baseando-se na questão histórica, já suscitada, que os sentimentos de carinho, afeto e proteção vinculam-se às mulheres e os homens são meros provedores financeiros do lar, os juízes decretam a guarda unilateral e deslocam o exercício do poder familiar apenas para a guardiã, desprestigiando o modelo de criação conjunta que seria o adotado, como regra, pelo Código Civil, segundo os que assim a defendem.

Decisões isoladas, recusam a guarda unilateral e aplicam a compartilhada, independente da vontade dos genitores. Em homenagem ao direito à convivência familiar, assegurado na Constituição Federal e a corresponsabilidade parental os magistrados impõem o sistema que entendem melhor proteger os filhos, através da participação ativa de ambos os pais na educação, saúde e lazer dos menores. É o exercício simultâneo da maternidade/paternidade como era antes da ruptura conjugal, situação que, inclusive, desestimula a prática da alienação parental.

Na alienação parental, o guardião programa a criança para repudiar o outro genitor. Utilizando-se de falsos argumentos mata-se a imagem do ex – companheiro (a) em vida, prejudicando os vínculos de convivência e afeto outrora existentes.

Quando há disputa pela guarda, os ex-cônjuges transformam-se em adversários pela “posse” da criança. Cria-se um conflito positivo, pois ambos os pais ostentam características que lhes permitem o deferimento da guarda, mas o magistrado deve compartilhá-la. Não há, nessa situação, margem para discricionariedade, ao judiciário cabia aplicar o Código Civil (2002) que previa: **“Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quando à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”** (grifo nosso). A expressão intercalada, “sempre que possível,” não poderia ser interpretada como sempre que os genitores estiverem de acordo, pois se assim fosse, a lei perderia seu objetivo e desvirtuaria o melhor interesse das crianças/adolescentes envolvidos.

Assim, para os defensores da guarda compartilhada, como regra, desde da vigência da Lei nº 11.698/2008 as interpretações realizadas em torno da redação do artigo 1584, §2º do Código Civil, sobretudo, fundamentadas na expressão, “sempre que possível”, inverte o intuito do legislador e compromete os julgamentos nas Varas de Família.

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 117/2013 do Deputado Arnaldo Faria Sá propôs, entre outras, modificar a redação do artigo 1.584, § 2º do Código Civil para substituir a expressão “sempre que possível” por “sempre”, sanando eventuais interpretações que mitigassem a eficácia do dispositivo. Em dezembro de 2014 foi sancionada a Lei nº 13.058 oriunda do projeto *supra*, que regulamentou a guarda compartilhada compulsória, alterando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil). As inovações relevantes esclarecem pontos como tempo de convívio, lugar de moradia, prestação de contas e informações emitidas pelos estabelecimentos públicos e privados sobre os filhos.

Da análise dos artigos que foram modificados no Código Civil, emanou-se posicionamentos defendendo que o texto de Lei é ineficaz, não provocando alterações nas concessões da guarda, pois o legislador teria incorrido em erro ao delegar ao magistrado a forma de dividir o tempo de convívio do menor com os genitores. Volta-se à tradicional confusão entre decretar guarda compartilhada e na prática identificar-se as características da guarda alternada, modelo de criação repudiado pelos psicólogos, visto que lesiva ao desenvolvimento do menor.

### **3.1.1 Principais modificações inauguradas pela Lei 13.058/2014**

As alterações ocorridas no Código Civil devem ser interpretadas em consonância com a Constituição Federal e os princípios que regem o direito de família, exigindo do jurista uma análise comparativa que permita identificar os avanços e retrocessos promovidos pela Lei nº 13.058/2014. Essa inovou em alguns aspectos, mas em outros regulamentou pontos que na prática forense já eram considerados pelos magistrados.

A nova Lei, modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) que integram o capítulo XI intitulado: “Da proteção da pessoa dos filhos”. A redação do artigo 1.584 foi o responsável pelas alterações discutíveis entre os juristas, visto que trata da aplicabilidade do instituto. A redação do artigo *supra*, parágrafo segundo, foi reformulada para esclarecer a preferência do legislador em fixar a guarda compartilhada após ruptura conjugal. Observe-se:

Art. 1584 [...] §2º. Quando **não houver acordo** entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, **será** aplicada a **guarda compartilhada**, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (grifo nosso)

Nota-se que, a guarda compartilhada tornou-se compulsória. Desconsidera-se a anuência ou a pacificação entre os genitores. Alega-se que, tal previsão, priorizou os interesses do menor em detrimento da beligência entre os ex-cônjuges. Ocorre que, os juristas questionam se a aplicação obrigatória não potencializa dano ao desenvolvimento da criança/adolescente que estará convivendo entre genitores que se digladiam e que, por vezes, estão munidos de sentimentos egoístas que deslocam o melhor interesse do(a) filho(a) para um segundo plano. E ainda, questionam-se: como impor compartilhamento quando não há espaço para o diálogo? Essa compulsoriedade não enseja prejuízos irreparáveis de ordem psicológica e social para o menor? Percebe-se que, o critério, a partir de então, é objetivo, ou seja, sendo a guarda requerida por genitores aptos, com ou sem o mínimo de diálogo entre eles e, ainda que os ressentimentos provenientes da separação/divórcio estejam pujantes, compartilha-se a guarda.

Não se pode olvidar, que embora a guarda compartilhada seja a regra vigente no sistema jurídico brasileiro a redação do artigo permitiu exceção, qual seja, quando um dos pais não desejar a guarda aplica-se a unilateral, mas lembra Lôbo que (2011, p.189) “a criança não tem que escolher entre o pai e a mãe; é direito dela ter o contato e a possibilidade de usufruir as duas linhagens de origem, cultura, posição social, religião”, ou seja, mesmo ausente a disputa pela guarda, o menor não se desvincula da convivência do não guardião. Nesse caso, deferir a guarda unilateral ao pai ou a mãe é imprescindível para que a criança permaneça no núcleo familiar de outrora. Ao não guardião imputa-se os direitos/deveres previstos em lei como o dever de fiscalização e o direito de visitas.

Ainda quanto à supervisão conferida ao não guardião na guarda unilateral a lei visou implementar efetividade nas informações prestadas pelos estabelecimentos, inclusive estipulou multa no artigo 1.584, parágrafo sexto, do Código Civil. Observe-se: “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”. O objetivo é tornar as

informações sobre o menor, como o rendimento escolar, acessível ao genitor(a) e, para tanto o legislador optou por impor responsabilidade pecuniária para aqueles que descumprirem a previsão legal.

A redação do artigo 1.583 do Código Civil foi reconfigurada para tratar do tempo de convivência com os filhos: “Art. 1.583, § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos [...]”. Sabe-se que, o tempo de convívio do menor com os genitores é um aspecto de distinção entre as modalidades de guarda dos filhos. A criação conjunta exige equilíbrio no relacionamento com os genitores e afasta o prejudicial direito de visitas característico da guarda unilateral. Todavia, a doutrina preocupa-se, com a prática decorrente do parágrafo segundo, no trecho: “o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada”, visto que pode haver a administração rígida da convivência, situação que caracteriza a guarda alternada.

Nesse aspecto, sobre a nova Lei da Guarda Compartilhada critica Madaleno (2015a): “[...] tratou de renomear o conceito de guarda compartilhada para o de *guarda alternada*, pois foi isto que ela fez ao transformar o exercício do poder familiar na divisão de tempo de permanência dos filhos com seus pais separados”. Nota-se que, o legislador na tentativa de assegurar a convivência familiar do menor com ambos os pais empregou a expressão: tempo de convívio **dividido**, remetendo o intérprete ao modelo de guarda alternada que, rememora-se, não é prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Explica Lôbo (2011, p.199) que: “ a guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o **acesso livres a ambos**” (grifo nosso). Logo, em tese não há divisão de tempo entre os genitores, pois o acesso é livre. Porém, sabe-se que, na prática esse fim jurídico não persiste. O acesso da criança a ambos os genitores mitiga-se após o divórcio/separação. E mais, não é a qualquer hora do dia ou da noite que o acesso é permitido, deve haver o diálogo para que, em comum acordo, estabeleça-se uma rotina para a criança/adolescente.

Interligado ao tempo de convivência está o local de moradia dos filhos. Observe-se: “Art. 1.583. [...] § 3º Na guarda compartilhada, a **cidade** considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos [...]”. O local de referência do menor configura-se decisão problema no



compartilhamento da guarda, sobretudo quando os genitores residem em cidades distintas. Embora a nova lei determine que prevaleça o lar que melhor atende aos interesses do filho, deve-se observar o que sustenta Dias (2010a, p. 434): “é de se ter cuidado para que essa fixação não desvirtue o instituto, restando o genitor, cujo lar serve de abrigo ao filho, com a sensação de que ganhou a disputa, e o filho, de que ele é seu guardião”. Essa postura é incorreta e deve ser inibida pelo judiciário, visto que serve de indicativo da instauração da síndrome da alienação parental que enseja consequências de ordem psicológica e será analisada em seguida.

A relevância da equipe multidisciplinar nas decisões concernentes à guarda já era prevista na Lei Civil. Explica Nader (2013, p. 261) que “como o melhor interesse da criança nem sempre se revela ao juiz em suas observações e análise pessoal, poderá valer-se de laudo técnico emitido por profissional ou equipe interdisciplinar”. A inovação na redação do artigo 1584, §3º do Código retoma as críticas doutrinárias quanto ao desvirtuamento da guarda compartilhada ao fixar divisão equilibrada de tempo, conforme discussão *supra*. Observe-se:

Art. 1584

[...]

§ 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.** (grifo nosso)

Ademais, é oportuno debruçar-se sobre a redação do artigo 1.634 do Código que trata do exercício do poder familiar. Houve ampliação das atribuições decorrentes do poder familiar, sendo que a mais relevante trata do *caput* do artigo, pois explicitou que independentemente da situação conjugal dos pais, o pleno exercício do poder familiar cabe a ambos. Tal previsão, significa a valorização do princípio da isonomia e a consagração do poder familiar. Logo, a Lei nº 13.054/2014 visou efetivar a doutrina da proteção integral da criança/adolescente e os princípios que a norteiam, tendo em vista que tornou obrigatória a aplicação da guarda compartilhada e, por consequente, a promoção do direito à convivência familiar.

### 3.1.2 Guarda Compartilhada no Direito Comparado

O instituto da guarda compartilhada não é uma inovação do ordenamento jurídico brasileiro. Em países dos quais o sistema jurídico é norteado pelos princípios da isonomia entre cônjuges e do melhor interesse da criança/adolescente a guarda compartilhada também é vislumbrada como uma alternativa que possibilita a convivência familiar após o divórcio/separação.

Lembra Quincas (2004, p. 131) que “há várias decisões, de variadas épocas que levam a uma ideia de guarda compartilhada, porém se presume que ela tenha suas raízes no direito inglês”. Logo, a importância de analisar-se o Direito Inglês, para identificar aspectos em comum do instituto em face do Direito Brasileiro.

Consoante Neto Lino (2013, p. 20), “na Inglaterra, após a ruptura conjugal, a guarda era conferida ao pai”. Nessa época, a lei presumia que era o pai que ostentava as melhores condições para suprir os interesses dos filhos, ou seja, sempre era direcionada a guarda ao genitor em detrimento da figura materna. Posteriormente, como resultado de inúmeras manifestações, a presunção inverteu-se, ou seja, passou-se a deferir a guarda sempre para a mãe. Ocorre que, o Parlamento vislumbrou que o melhor interesse da criança/adolescente se satisfazia integralmente quando desfrutasse do convívio simultâneo do pai e da mãe independentemente de estarem casados, convivendo, separados ou divorciados.

Destaca-se que, assim como no direito brasileiro o critério de determinação da guarda dos filhos na Inglaterra modificou-se ao passo que houve a valorização da criança/adolescente como sujeito de direito no plano internacional. Outrora, o poder do *pater* era absoluto justificando, pois, a presunção de sempre conferi-lo a guarda do menor em caso de conflito com a genitora. Após, foi essa a privilegiada pelo critério de guarda. Observa-se que, o direito consagrava os interesses dos genitores e a visão sobre o menor envolvido no litígio era relegado para segundo plano. Posteriormente, os direitos da criança/adolescente efetivaram-se e o legislador buscou tutelá-los de forma integral.

Ademais, a dimensão conferida pela Convenção sobre os Direitos da Criança no artigo 9º (Os Estados Partes respeitarão o direito da criança separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança), ao direito de convivência

familiar, influenciou a expansão da guarda compartilhada, tendo em vista que, tornou a convivência parental com os filhos fundamento normativa.

A responsabilidade conjunta dos pais em face do(a) filho(a) difundiu-se por outros países. Lembra Franzoso (2010, p. 12) que:

Foi nos Estados Unidos da América que o instituto recebeu diretrizes complexas, passando por significativos avanços em razão do contemporâneo processo de fragmentação e transformação dos núcleos familiares. No ano de 1980, no Estado da Califórnia, foi aprovada lei regulamentando a guarda compartilhada, iniciativa que rapidamente foi seguida por outros Estados.

De fato, o compartilhamento da guarda é resultado da dinâmica que norteia os arranjos familiares. Há sociedades em que essa dinâmica é acentuada e somando-se à visão futurista do legislador normatizaram, há décadas, a responsabilidade conjunta dos pais pós ruptura conjugal. No Brasil, a experiência do direito estrangeiro foi regulamentada em 2008 no Código Civil com a Lei nº 11.698/2008, consoante exposto.

Quanto à aplicabilidade compulsória do instituto, não há unanimidade no Direito alienígena. O Tribunal Constitucional Espanhol, por exemplo, decidiu recentemente que a aplicação da guarda compartilhada está subordinada ao consenso entre os genitores. Observe-se:

La custodia compartida en caso de divorcio conlleva como premisa **la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto** que permita la adopción de aptitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad [STS 4342/2014] (Grifo nosso)

Assim, face às interpretações conferidas pelos sistemas jurídicos estrangeiros, identifica-se que o critério objetivo de fixar o compartilhamento da guarda, independentemente de acordo entre os genitores, não é realidade unânime em outros países. O perfil do sistema jurídico é que irá direcionar para uma aplicação compulsória ou não da guarda compartilhada, mas rememora-se que a busca pelo melhor interesse da criança/adolescente deve sempre prevalecer.

### 3.2 ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA GUARDA COMPARTILHADA

A aplicação eficaz do instituto da guarda compartilhada resulta na tentativa de harmonizar os princípios da consagração do poder familiar com a doutrina do melhor interesse da criança. No entanto, nem sempre é possível adequar a solução do caso concreto para esse fim. A regra é prestigiar o interesse da criança/adolescente, mesmo que, para tanto, mitigue-se o exercício do poder familiar dos genitores, pois tutela-se o sujeito hipossuficiente da relação, qual seja, o menor. Desse dilema, emergem-se os aspectos positivos e negativos que afetam a aplicação dessa modalidade de guarda dos filhos devendo serem considerados pelos juristas.

A vantagem primeira para o menor é quanto ao aspecto psicológico. Explica Quincas (2004, p. 112) que:

A guarda compartilhada permite aos pais participar ativamente da vida dos filhos [...] evita, ou pelo menos diminui, a ansiedade dos filhos quanto os pais se separam, sem saber com qual dos pais irão viver, qual dos pais irá perder o contato contínuo. Em alguns arranjos de guarda exclusiva os pais podem manter ativo o envolvimento de ambos na vida dos filhos, mas a guarda compartilhada maximiza a possibilidade disto ocorrer.

De fato, esse é o aspecto que fomentou o legislador brasileiro a alterar a redação do artigo 1.584 do Código Civil e tornar compulsória a determinação da guarda compartilhada. Também é vislumbrado como aspecto positivo o fato de inibir a instauração da síndrome da alienação parental que, será objeto de análise a seguir. Ademais, abrevia-se o litígio e, por consequente, torna eficaz a atividade jurisdicional evitando o desgaste das partes envolvidas.

Entre as desvantagens encontram-se a oportunidade de um genitor descompromissado fraudar suas obrigações alimentícias em face do menor, visto que, em regra, o magistrado não estipula um *quantum* na sentença que definiu a guarda compartilhada. E ainda, a típica confusão em determinar o compartilhamento e na prática observar-se a guarda alternada somada a todas as suas consequências negativas, como falta de referencial do menor, danos psicológicos e sociais. Nesse sentido, será analisado a vantagem concernente à inibição da alienação parental e a desvantagem quanto à controvérsia da pensão alimentícia.

### 3.2.1 Guarda compartilhada e pensão alimentícia

Um dos pontos controvertidos na aplicação da guarda compartilhada é a possibilidade do magistrado determinar pensão alimentícia. Tendo em vista que a finalidade do instituto é tutelar a convivência familiar e os vínculos de afeto como outrora existentes, *a priori*, não se compreende a necessidade do judiciário de fixar pensão alimentícia. Ocorre que, em alguns casos a guarda compartilhada está sendo uma opção para um dos genitores não arcar com as despesas do menor.

Não são poucos os casos em que se afere que houve a determinação pelo compartilhamento, mas na prática verifica-se a guarda unilateral ou alternada. O genitor que permanece com a guarda física da criança torna-se seu guardião, pois concentra-se nele os cuidados diários do menor, bem como o dever de suprir todas as necessidades desta, visto que o outro não compartilha nem do convívio, tão pouco das despesas inerentes à criação do filho(a). E pior, não há como acionar o judiciário em uma execução de alimentos, pois não há sentença nesse sentido. O procedimento viável seria pleitear a revisão de guarda, mas até seu deslinde, meses e até anos se passaram que oneraram, sobremaneira, o guardião.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS manifestou-se sobre o tema recentemente e negou o pedido de alimentos na guarda compartilhada. Observe-se:

AGRAVO. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS. GUARDA COMPARTILHADA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. **Não obstante a fixação de alimentos não seja incompatível com o estabelecimento da guarda compartilhada**, no caso, exercendo ambos os genitores atividade laborativa, e não sendo extraordinário os gastos da filha, **cabe a ambos os genitores** arcar com as despesas da menina no período em que a infante se encontra sob seus cuidados. RECURSO DESPROVIDO. (Agravo Nº 70062253836, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 29/10/2014). (TJ-RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 29/10/2014, Sétima Câmara Cível)

Vê-se que segundo a relatora a fixação da pensão alimentícia não é incompatível com a guarda compartilhada, sendo a negativa proveniente da análise do caso concreto. É razoável que, se ambos os pais compartilham do bônus de

conviverem com a criança/adolescente também participem do ônus de suprirem suas necessidades. Logo, se o magistrado vislumbrar que o compartilhamento objetiva fraudar a lei, na tentativa de afastar-se das obrigações alimentícias é possível que fixe um *quantum* como pensão alimentícia.

Sabe-se que, não há critério predefinido em lei para fixação da pensão alimentícia e deve-se considerar o binômio necessidade *versus* possibilidade. No caso da guarda compartilhada, os genitores devem arcar proporcionalmente com as despesas, persistindo a condição social do menor de outrora, antes da ruptura conjugal. Nesse sentido aponta Madaleno (2015b) que:

É difícil estabelecer uma divisão justa de custos no caso de uma guarda compartilhada, pois a mãe, que dedica seu melhor e maior tempo aos filhos, abdica de utilizar este tempo em sua formação e ascensão profissional, e o custo disto acaba sendo uma remuneração menor que a do pai da criança, cujo tempo é mais bem utilizado por ele no seu crescimento profissional. “Portanto, não dá para dividir as despesas quando os dois pais não recebem os mesmos ingressos, pois as despesas dos filhos têm dimensões diferentes e fontes distintas, estas, ligadas ao padrão socioeconômico de cada genitor.

Não obstante a divergência doutrinária, lembra-se que os jurisdicionados, no geral, são pessoas de escassas condições financeiras. Muitas das estipulações de alimentos nas varas de família pelo Brasil são em *quantum* irrisórios, pois, no geral, as famílias são vulneráveis financeiramente. Sob esse ponto afirma Leiria (2008, p.11) que “a guarda compartilhada é instituto que vige para a classe média até alta” e complementa que “os hipossuficientes, sequer têm a possibilidade de partilhar a guarda jurídica dos filhos, porque o primeiro direito fundamental pelo qual lutam é o da própria sobrevivência”. De fato, as disputas judiciais em torno da guarda dos filhos intensificou-se após avanços econômicos-culturais ocorridas nas últimas décadas. E mais, muitos pontos regulamentados pela nova lei da guarda compartilhada não se aplica a genitores humildes que possuem, tão somente, o mínimo existencial.

Logo, inferir se fixa ou não a pensão alimentícia depende, sobretudo, das peculiaridades do processo. É preciso contornar as dificuldades dos genitores utilizando-se da proporcionalidade/ razoabilidade para tutelar os direitos do menor, mas não se afastar da realidade econômica envolvida no litígio.

### 3.2.2 Guarda Compartilhada e alienação parental

Consoante exposto, deferir a guarda unilateral é tendência nos tribunais brasileiros. Ocorre que, nos últimos anos tornou-se emergente demandas que tratam do fenômeno da alienação parental. A doutrina civilista sobre o tema é recente e a Lei regulamentadora surgiu em 2010 como demonstração de que o legislador empenha-se em assegurar o bem estar do menor e visa inibir práticas que comprometam a formação da personalidade de quem ainda está em processo de desenvolvimento. Logo, muitos defenderem a aplicação do instituto da guarda compartilhada, vislumbrando nesse ponto uma das suas principais vantagens.

O psiquiatra americano Richard Gardner em 1985 *apud* Trindade (2004, p.154) foi o primeiro a identificar e a nomear a Síndrome da Alienação Parental, de tal forma que a definiu como “um processo que consiste em programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa”, ocorre frequentemente após a ruptura da vida conjugal, em que a guarda dos menores geram conflitos intensos.

Este fenômeno, também é identificado pela nomenclatura implantação de falsas memórias, pois o alienante manipula a criança com inverdades na tentativa de fazê-la odiar o genitor não guardião, “a criança acaba aceitando como verdade tudo que lhe é informado de modo insistente. É levada a afastar-se de quem ama e que também a ama, o que gera contradição de sentimentos e o rompimento do vínculo afetivo” (DIAS, 2008, p. 26). O conceito jurídico é fornecido pelo teor do artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 que dispõe sobre a regulamentação da alienação parental.

Através da análise do dispositivo identifica-se quem pode configurar como agente alienador:

Art.2.º 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. (grifo nosso)

Vê-se que, embora seja recorrente a constatação de que a alienação parental é desencadeada apenas pela mãe que, em regra, é a guardiã dos filhos após o fim do

casamento, através da redação do dispositivo percebe-se que o rol de alienadores é amplo, abrangendo os pais, avós ou qualquer responsável pela guarda da criança.

“Como se fosse um campo de batalhas em que cada um dos ex-cônjuges tenta suplantar o outro na posição de inimigo a ser vencido e, desse modo, declarar-se vitorioso, enquanto o outro vira um perdedor subjugado” (DUARTE, 2011, p. 32), a alienação parental como prática desencadeada em processo litigioso pela guarda dos filhos é objeto de demandas judiciais complexas que desafiam os magistrados.

O fenômeno da alienação parental é reconhecido através de estágios distintos, geralmente inicia-se com circunstâncias sutis pelo qual o alienador não comunica o telefonema do outro genitor ou “não informa compromissos da criança em que a presença da outra parte seria importante” (UULMANN, 2008, p.65), a *posteriori*, dificulta as visitas do não guardião. O estágio grave inicia-se com a desmoralização do outro, situação denominada de “Processo de demonização” (UULMANN, 2008, p.66), ou seja, são utilizados artifícios que desqualificam a função do genitor não guardião, mata-se a imagem do pai ou da mãe em vida.

“A ética da responsabilidade familiar repudia os atos alienadores, pois, conquanto eles tenham por escopo atingir o outro genitor, são os filhos quem sofrem os maiores danos, situação inaceitável pelo ordenamento jurídico” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2013, p. 04). Vê-se que, essas condutas, resultam em transgressão ao princípio norteador da Constituição Federal, qual seja, a dignidade da pessoa humana, além de violar o princípio da paternidade responsável consagrado no artigo 226, § 7º da Carta Maior.

Os efeitos psicológicos desencadeados pela alienação parental são, no mais das vezes, irreparáveis e abrangem todos os envolvidos nesse quadro, ou seja, não apenas a criança ou adolescente está vulnerável a danos de ordem psicológica, toda a família é prejudicada com a instauração desse fenômeno. A estruturação da personalidade da criança fica comprometida, sua identidade, autoestima e capacidade de adaptação social demonstram-se frágeis e suscetíveis a desequilíbrios.

Os interesses da criança perante a figura do alienador projetam-se para segundo plano, em afronta direta a proteção integral do menor, consoante assegurada pela Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei da alienação parental alterou o artigo 1583 do Código Civil que se inclui no capítulo da “Proteção das pessoas dos filhos”. Destaca-se o seu parágrafo segundo. Observe-se: “a guarda unilateral será atribuída ao genitor que [...] propiciar aos filhos os seguintes



fatores: I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança; III - educação [...]”. O Código exemplifica normas a serem considerados pelo magistrado quando do deferimento da guarda unilateral.

Vê-se que, o guardião alienador viola os critérios fornecidos pelo o legislador para o deferimento da guarda unilateral, sobretudo a saúde psíquica da criança. O caso é de transgressão do poder familiar e a Lei *supra* prevê, inclusive, a possibilidade de suspensão. Observe-se: “Artigo 6º. Caracterizados atos tipicamente de alienação parental [...], o juiz poderá, cumulativamente ou não, [...] VI – declarar a suspensão da autoridade parental”. Para fazer cessar a manipulação sobre a criança é indispensável reconhecer a instauração da alienação parental e provocar o judiciário para inibi-la.

Entre os artifícios encontrados pelo alienador com o intuito de distanciar a figura do não guardião da criança está a falsa denúncia de abuso sexual. Uma vez formalizada a denúncia na seara jurídica, considerando-se o *periculum in mora*, no mais das vezes, o juiz suspende as visitas, até que a equipe multidisciplinar (assistentes sociais, psicólogos, médicos), certifique-se da suspeita.

Desse modo, o judiciário atua como instrumento que viabiliza as estratégias do guardião alienador, uma vez que amparando-se na lei, permite-se o afastamento e consequente dissolução dos vínculos afetivos entre o não guardião e a criança. A falsa acusação, revela a cautela que deve ser empregada a esses casos, devendo os magistrados considerarem alternativas, como as visitas supervisionadas ou em locais públicos, antes de decidirem pela suspensão total das visitas que configura-se prejudicial.

“A deliberação de medidas restritivas de direitos [...], reclama demonstração efetiva da alienação parental, lastreada em laudo periciais e efetivos elementos de provas” (FARIAS, ROSENVALD, 2012, p. 137). Logo, ao constatar a falsa denúncia, não é mais possível resgatar a convivência dos envolvidos, pois a decisão judicial que suspendeu as visitas comprometeu o vínculo afetivo e a relação de confiança entre o alienado e menor. Destaca-se que, a desarticulação da Síndrome da Alienação Parental exige cuidados, para não transformar a figura do alienado em novo alienador, ocorrendo assim uma alteração de papéis.

### 3.3 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: ENTRE A SUPREMACIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E A CONSAGRAÇÃO DO PODER FAMILIAR

Identifica-se que a tendência nos tribunais brasileiros é a determinação da guarda unilateral mesmo após a regulamentação do instituto da guarda compartilhada no Código Civil com a Lei nº 11.698/2008. Consoante exposto, há controvérsia doutrinária quanto à aplicabilidade do instituto, pois as decisões em sua maioria afastam o compartilhamento da guarda quando não há consenso entre os genitores.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da Cidadania, manifestou-se em 2011 pela aplicação da guarda compartilhada mesmo sem o consenso entre os pais. Na ocasião, a ministra relatora Nancy Andrighi (2011) reafirmou que a regra na legislação brasileira é a guarda compartilhada. Aduziu a ministra que:

Os filhos da separação e do divórcio foram, e ainda continuam sendo, no mais das vezes, órfãos de pai (ou mãe) vivo(a), onde até mesmo o termo estabelecido para os dias de convívio – visita – demonstra o distanciamento sistemático daquele que não detinha, ou detém, a guarda. [...] Contudo, reputa-se como princípios inafastáveis a adoção da **guarda compartilhada como regra, e a custódia física conjunta como sua efetiva expressão**. (REsp nº 1.251.000/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/08/2011). Grifo nosso

A propósito, Maria Aglaé Tedesco Vilardo, Juíza titular da 15ª Vara de Família da capital do Rio de Janeiro, determinava no ano de 2005 a guarda compartilhada. A fundamentação era no sentido de preservar a criança/adolescente das mazelas propiciadas pela ruptura conjugal, afastando o possível desenvolvimento da alienação parental, fenômeno abordado de maneira incipiente naquela época.

Porém, essas decisões foram isoladas e o índice de deferimento de guarda unilateral no Brasil não se mitigou. Mesmo diante das evoluções interpretativas dos últimos anos, este cenário ainda persiste. Assim, na tentativa de difundir a prática de compartilhamento das responsabilidades para com o filho(a), o legislador utilizou-se de critério objetivo e com a Lei nº 13.054/2014 determinou sua obrigatoriedade.

A problemática ora enfrentada pela doutrina é quanto à obrigatoriedade da guarda compartilhada. Seria possível negar o compartilhamento quando há disputa

pela guarda, sendo que ambos os genitores estão aptos, mas não há acordo entre eles? O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF-T entende que é possível afastar o compartilhamento em prol do melhor interesse da criança. Mitiga-se o poder familiar de um dos genitores para proteger o menor de danos psicológicos que comprometem seu desenvolvimento pleno. Observe-se:

**INDEFERIMENTO DE GUARDA COMPARTILHADA – MELHOR ADEQUAÇÃO AOS INTERESSES DA CRIANÇA. A guarda compartilhada pressupõe respeito e boa convivência entre os pais e, quando inexistentes tais condições, a guarda de forma unilateral melhor preserva os interesses do menor.** O legislador definiu a guarda compartilhada como regra, em atenção ao princípio do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, pois reflete uma maior participação dos pais no processo de crescimento e desenvolvimento dos filhos e a pluralização das responsabilidades. **No entanto, o modelo não deve ser imposto como solução para todos os casos.** Na hipótese, os Magistrados observaram que ainda existe muita animosidade entre os pais, razão pela qual o compartilhamento da guarda, que deveria pressupor um compromisso de cooperação e negociação entre os genitores, com a finalidade de satisfazer prioritariamente as necessidades da criança, revela-se inadequado. Dessa forma, a fim de preservar o melhor interesse do menor, deferiu-se a guarda à mãe, assegurado o direito de visitas ao pai. (Acórdão n.º 776120, 20110112281094APC, Relator: ALFEU MACHADO, Revisora: LEILA ARLANCH, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/03/2014, Publicado no DJE: 07/04/2014. Pág.: 479). Grifo nosso

Ao aplicador do direito é conferido a atribuição de interpretar e subsumir a norma ao caso concreto respeitando os princípios do ordenamento jurídico. O legislador cria a norma, mas o jurista ao aplicá-la, sobretudo, nos litígios familiares, deve ponderar entre o poder familiar dos genitores e a tutela da criança/adolescente. Afinal, explica Corrêia (2013) que: “a família pode não afagar nem proteger, pois em sua base os vínculos de afeto podem ser saudáveis ou não, podendo inclusive esconder um carrasco travestido de pai ou de mãe”. Logo, mesmo diante da obrigatoriedade que norteia a aplicação da guarda compartilhada no cenário atual do direito de família é possível o magistrado afastá-la, visto que a decisão deve retratar a doutrina da proteção integral do menor e não consagrar o poder familiar dos genitores.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A definição de família modificou-se com o evoluir da sociedade e fomentou à promoção do princípio da isonomia entre homens e mulheres, inclusive, quanto às responsabilidades parentais em face do(s) filho(s). A substituição do pátrio poder pelo poder familiar demandou tempo e significou a superação da autoridade ilimitada e ampla do pai que, outrora, coordenava com exclusividade a direção da família.

O *pater* detinha poderes sobre a vida dos membros e patrimônio da família. A tutela jurídica dispensada às mulheres, bem como aos filhos era ineficaz e não supria os seus direitos mínimos necessários para o pleno desenvolvimento. O advento da Constituição de 1988, ampliou o conceito de família e consagrou os princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade, convivência familiar, melhor interesse da criança e do adolescente e da paternidade responsável que revestiram o direito de família com nova roupagem.

A proteção dos incapazes no sistema jurídico brasileiro aperfeiçoou-se com o evoluir da legislação e alcançou com a Constituição de 1988 e, posteriormente, com o Código Civil vigente um aspecto pessoal, afastando-se do viés patrimonial de outrora, característico do Código Civil de 1916. Para tanto, foram regulamentados três institutos, quais sejam, tutela, curatela e guarda.

A guarda compartilhada foi regulamentada no Direito Brasileiro pela Lei nº 11.698/2008 que promoveu modificações no artigo 1.584 do Código Civil. Ocorre que, a redação do dispositivo provocou interpretações divergentes quanto a aplicação do instituto e ensejou teses que defendiam ou repudiavam o compartilhamento dependendo do estado de beligerância entre os ex-cônjuges.

Não obstante o advento da Lei *supra*, os tribunais brasileiros persistiram aplicando, como regra, a guarda unilateral. Recorda-se que, nessa o menor fica sob a autoridade do guardião que, em regra, é a mãe e ao outro genitor confere-se o direito de visitas e o dever de fiscalização. Observou-se que esse modelo é criticado pela doutrina, visto que prejudica o convívio familiar do menor com ambos os genitores e, por via de consequência, afronta a doutrina da proteção integral que é concretizada pela busca de seu melhor interesse.

Nesse contexto, surgiu proposta de modificação que procurou sanar a divergência nas interpretações do artigo 1.584 do Código Civil; buscou-se determinar

o verdadeiro intuito do legislador civilista ao tratar da guarda compartilhada. Tal previsão, foi promovida pela Lei nº 13.058 de 2014 que, entre outras novidades, instaurou a compulsoriedade da guarda compartilhada como regra do direito brasileiro. Desse cenário, insurgiram-se argumentos positivos e negativos da doutrina que serão objeto de discussão.

Ao longo do trabalho, foi proposto um estudo acerca das normas que tratam da aplicação compulsória da guarda compartilhada no Direito de Família. Verificou-se que, há pontos positivos e negativos a serem considerados pelo julgador e princípios que baseiam a lógica do ordenamento jurídico brasileiro. Traçou-se uma análise comparativa entre a jurisprudência nacional e estrangeira, com o fim de identificar se a obrigatoriedade da guarda compartilhada, mesmo ausente acordo entre os genitores, mitiga o princípio do melhor interesse da criança/adolescente em detrimento da consagração do poder familiar.

Pelo que procurou se demonstrar neste trabalho, apoiando-se na doutrina e jurisprudência, conclui-se que embora o legislador tenha previsto na Lei nº 13.058 de 2014, a aplicação compulsória da guarda compartilhada, mesmo em face do estado de beligerância entre os genitores, ao magistrado, ponderando as características que norteiam o caso concreto e guiando-se pela doutrina do melhor interesse da criança, é possível afastá-la e determinar a guarda unilateral. A aplicação do instituto deve privilegiar os interesses do menor diante dos prejuízos que o caso concreto pode ensejar e não subjugar o aplicador a redação objetiva da legislação. Deve-se ponderar os interesses dos hipossuficientes envolvidos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado; 1988.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 1990.

BRASIL. **Novo Código Civil**. Lei nº 10.403 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo *código civil* brasileiro. Brasília, DF, 2002.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Acórdão n.º 776120, 20110112281094APC, Relator: ALFEU MACHADO, Revisora: LEILA ARLANCH, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 26/03/2014, Publicado no DJE: 07/04/2014. Pág.: 479. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&idDocumento=776120>>. Acesso em: 14 maio 2015

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Agravo Nº 70062253836, Sétima Câmara Cível, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 29/10/2014. Data de Julgamento: 29/10/2014, Sétima Câmara Cível. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/151274390/agravo-agv-70062253836-rs/inteiro-teor-151274400>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

BRASIL. **Tribunal Supremo**. Sala de lo civil. Madrid. RE: 1359/2013, Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS, Data de Julgamento: 30/10/2014, TS CIVIL. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/EI-Tribunal-Supremo-deniega-una-custodia-compartida-porque-la-conflictividad-entre-los-padres-perjudica-al-hijo-menor>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça** - REsp: 777327 RS 2005/0140670-7, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 17/11/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2009) Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8636279/recurso-especial-resp-777327-rs-2005-0140670-7-stj>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

CANDIDO, Austréia Magalhães. **Configuração das relações pessoais da pátria potestas no baixo império: o que restou do pátrio poder?** In: XIII CONGRESSO

INTERNACIONAL Y XVI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO, 2011, Belém. **Anais eletrônicos**. Disponível em: <[http://www.institutosilviomeira.net.br/wp-content/uploads/2014/03/Anais\\_CIDROM.pdf](http://www.institutosilviomeira.net.br/wp-content/uploads/2014/03/Anais_CIDROM.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

CHAGAS, Isabela Pessanha. **Breves reflexos sobre o instituto da guarda**, 2012, Rio de Janeiro. Família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos. Rio de Janeiro: EMERJ. Disponível em:<<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/12/familiadoseculoXXI.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2014.

CORRÊIA, Marise Soares. **Reflexão sobre a concessão da guarda compartilhada sem o consenso dos pais**. Estado de direito, 2013. Disponível em: <<http://www.marisecorrea.com.br/artigos/reflexao-sobre-a-concessao-da-guarda-compartilhada-sem-o-consenso-dos-pais.pdf>>. Acesso em: 17 mai. 2015.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Função social da autoridade parental: algumas considerações. Publicado originalmente em: **Revista Síntese de Direito de Família**, v. 13, n. 67 (ago./set. 2011). São Paulo: Síntese, p.9-18 Disponível em: <[http://www.academia.edu/875312/Funcao\\_social\\_da\\_autoridade\\_parental\\_algumas\\_consideracoes](http://www.academia.edu/875312/Funcao_social_da_autoridade_parental_algumas_consideracoes)>. Acesso em: 05 abr. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher e o direito**. 2010b. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/23\\_-\\_a\\_mulher\\_e\\_o\\_direito.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/23_-_a_mulher_e_o_direito.pdf)> Acesso em: 25 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Divórcio já!**: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010c.

\_\_\_\_\_. Guarda compartilhada uma solução para os novos tempos. **Consulex**, Brasília, DF, ano XII, n. 275, p.26-27, jun.2008.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito das famílias**. ed. 7, rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010a.

DINIZ, Maria Helena. **Comentários ao novo código civil de 2002**, 2013. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/ZikeUjo/codigo-civil-comentado-maria-helena-diniz-doutrina-ja-impresso>>. Acesso em 22 mar 2015.

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

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Guarda de filhos e alienação parental. **Leis&Letras**, São Paulo, SP, ano V, n. 22, p.32, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: direito de família. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FRANZOSO, André Luís da Silva. **Guarda compartilhada: em favor de filhos e pais**. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito do Instituto de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.31286> > Acesso em: 18 mai. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume III**: responsabilidade civil. ed 6. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOUVEIA, Débora Consoni. **A autoridade parental nas famílias reconstituídas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-16122010-105204/>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Guarda compartilhada: a difícil passagem da teoria à prática**, 2008. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/emagis\\_guarda\\_compartilhada\\_a\\_dificil\\_passagem\\_da\\_teorias\\_a\\_pratica.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/emagis_guarda_compartilhada_a_dificil_passagem_da_teorias_a_pratica.pdf) > Acesso em: 17 mai. 2015.

LIGIERA, Wilson Ricardo. **A guarda dos filhos no novo código civil**. 2006. Disponível em: <[http://www.ligiera.com.br/artigos/guarda\\_dos\\_filhos.pdf](http://www.ligiera.com.br/artigos/guarda_dos_filhos.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

LUIZ, Antônio Filardi. **Curso de direito romano**. ed. 3, São Paulo: Atlas, 1999.



LINO NETO, Joham. **Guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança**, 2013. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/35524/42.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

LOBÔ, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. ed. 4. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Guarda e convivência dos filhos após a Lei nº 11.698/2008**. Revista brasileira de direito de família e sucessões. Belo Horizonte, Magister, **Instituto Brasileiro de Direito de Família IBFam**, 2008. Disponível em: <<http://www.saiddias.com.br/imagens/artigos/15.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

MADALENO, Rolf. **Guarda compartilhada obrigatória por Rolf Madaleno**, 2015a. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=1111>>. Acesso em: 07 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. **TJRS nega pedido de pensão alimentícia em guarda compartilhada**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2015b. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5523/TJRS+nega+pedido+de+pens%C3%A3o+aliment%C3%ADcia+em+guarda+compartilhada>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31012011-154418/>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Tavares da. **Curso de direito civil: direito de família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil V: direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. ed. 15, ver. e aum. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

NÓBREGA, Airton Rocha. Da guarda de filhos unilateral e compartilhada. **Consulex**, Brasília, DF, ano XII, n. 275, p.28-30, jun.2008.

ONU. **Convenção sobre direitos da criança**. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10127.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10127.htm)>. Acesso em: 27 dez. 2014.

PATINÕ, Ana Paula Corrêa. **Intervenção estatal no exercício da autoridade familiar**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-26032013-110151/>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

QUINCAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda compartilhada**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2004. Disponível em: <[http://repositorio.ufpe.br:8080/bitstream/handle/123456789/4035/arquivo4958\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ufpe.br:8080/bitstream/handle/123456789/4035/arquivo4958_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 15 mai. 2015.

ROCHA, Rita de Cássia Luiz da. **História da infância**: reflexões acerca de algumas concepções correntes. ANALECTA Guarapuava, Paraná v. 3 no 2 p. 51-63 jul/dez. 2002. Disponível em: <[http://www.cepetin.com.br/pdf/a\\_historia\\_da\\_infancia.pdf](http://www.cepetin.com.br/pdf/a_historia_da_infancia.pdf)>. Acesso em: 20 dez. 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

---

\_\_\_\_\_ **Direito Civil**: direito de família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Larissa Judhit. **O eterno paralelo entre a guarda compartilhada e alternada**, 2012. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Formiga, Minas Gerais, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.uniformg.edu.br:21015/jspui/bitstream/123456789/138/1/Monografia%20Larissa.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

SIMÃO, José Fernando. O tempo e o direito. **Jornal carta forense online**, Publicado: set. de 2013. Disponível em: <

[http://www.professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=O Tempo e o Direito &id=81](http://www.professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=O%20Tempo%20e%20o%20Direito&id=81)  
>. Acesso em: 25 nov. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 1. ed.. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos práticos e processuais. **Civilistica.com**, a. 2. n. 1. 2013. Disponível em: < <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2013/01/Ana-Carolina-Brochadociv.a2.n1.2013-1.pdf> >. Acesso em: 20 dez. 2014.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

UULMANN, Alexandra. Síndrome da alienação parental. **Visão Jurídica**, 2008. Disponível em: < <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap/ReportagemVisãoJurídicaAlienaçãoParental> >. Acesso em: 25. nov. 2014.

VASSAL, Mylène Glória Pinto. **CURSO FAMÍLIA DO SÉCULO XXI**: aspectos jurídicos e psicanalíticos, 2012, Rio de Janeiro. Família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/12/familiadoseculoXXI.pdf>>. Acesso em: 6 dez. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito civil**: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.