

CURSO DE DIREITO

Carla Rutielly Henn

**A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NA LEI Nº 13.058
DE 2014**

Capão da Canoa
2016

Carla Rutielly Henn

**A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NA LEI Nº 13.058
DE 2014**

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Karina Meneghetti Brendler.

Capão da Canoa

2016

**TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
PARA A BANCA**

Com o objetivo de atender ao disposto nos Artigos 20, 21, 22, 23 e incisos, do Regulamento do Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, considero o Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Carla Rutielly Henn, adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCC, do Curso de Direito.

Capão da Canoa, novembro de 2016.

Carla Rutielly Henn,
Orientanda.

Prof. Dra. Karina Meneghetti Brendler,
Orientadora.

*Dedico esta monografia aos meus pais, ao meu irmão, em especial ao meu amor,
Douglas, que esteve junto a mim em todas as etapas.*

AGRADECIMENTOS

O primeiro agradecimento está sempre reservado a Deus, pela oportunidade de estar realizando este trabalho e por me iluminar por toda a vida.

Agradeço ao meu amor, Douglas, pelo apoio, compreensão, incentivo, por todo amor e carinho ao longo desse percurso.

Aos meus pais e ao meu irmão, pelo incentivo dado ao longo desses anos, sempre me ensinando a continuar lutando para a realização dos meus sonhos.

Às minhas amigas que conheci graças ao curso de Direito, e que hoje são essenciais na minha vida: Giordana Conte, Thalita Fernandes e Rhaisa Novais, obrigada por me auxiliarem nos momentos em que precisei.

À minha orientadora, Professora Karina Meneghetti Brendler, pela orientação fundamental para o sucesso deste trabalho.

A todos os professores que tive o prazer de conhecer durante a graduação.

Finalmente, a todos que fizeram parte dessa longa jornada, os meus mais sinceros agradecimentos.

Tem fé no direito, como o melhor instrumento para a convivência humana; na justiça, como destino normal do direito; na paz, como substituto da justiça; e, sobretudo, tem fé na liberdade sem a qual não há direito, nem justiça, nem paz.

(COUTURE, Eduardo Juan – 1999.)

RESUMO

A recente alteração legislativa sobre o instituto da guarda compartilhada colocou o assunto novamente no centro das discussões. Fato é que tal modalidade já era regulada pelo ordenamento jurídico brasileiro no Código Civil de 2002. Porém, com as alterações da Lei nº 13.058 de 2014, houve uma mudança significativa no âmbito do Poder Judiciário. Neste ponto está o objetivo principal do presente trabalho, que é analisar a evolução da guarda compartilhada, abordando as questões paralelas à sua fixação. Ponderou-se as modificações históricas do conceito de família e examinar os pontos jurídicos que levaram à necessidade de tornar a modalidade da guarda compartilhada a regra do Direito de Família brasileiro. Enfim, examinou-se como as alterações sociais contribuíram para a regulamentação da guarda compartilhada e por que este instituto, atualmente, encontra-se em destaque. Para a finalidade proposta, metodologicamente, o estudo abrangeu a pesquisa da origem das famílias perante o direito, tratando da evolução legislativa; espécies de famílias; e princípios do direito de família. Após, entrou-se na esfera do poder familiar, o que demandou a análise dos direitos e deveres dos pais e dos filhos; das hipóteses que acarretam sua suspensão, perda e extinção; e da definição de guarda, com a breve comparação entre os seus tipos. Por fim, adentrou-se no tema central do trabalho, ou seja, no exame mais aprofundado do instituto da guarda compartilhada, parte que versou acerca da sua nova lei; suas características; sua fixação; o direito de convivência com os genitores; o dever de prestação alimentícia; e os impactos de sua aplicação no desenvolvimento da criança e do adolescente.

Palavras-Chave: família; evolução; guarda; direitos; deveres.

ABSTRACT

The recent legislative change over the shared custody institute has put the issue again at the heart of the discussions. The fact is that this modality was already regulated by the Brazilian legal system in the Civil Code of 2002. However, with the amendments of Law 13.058 of 2014, there was a significant change in the scope of the Judiciary. At this point is the main objective of this work, which is to analyze the evolution of the shared guard, addressing the issues parallel to its fixation. It was considered the historical changes of the concept of family and to examine the juridical points that led to the need to make the shared custody modality the rule of Brazilian Family Law. Finally, it was examined how the social changes contributed to the regulation of shared custody and why this institute is currently in focus. For the purpose, methodologically, the study covered the investigation of the origin of families before the law, dealing with the legislative evolution; species of families; and principles of family law. Afterwards, entered the sphere of family power, which demanded the analysis of the rights and duties of parents and children; of the hypotheses that lead to its suspension, loss and extinction; and the definition of guard, with the brief comparison between their types. Finally, went into the central theme of the work, that is, in the further examination of the institute of shared custody, which dealt with its new law; characteristics; fixation; the right of coexistence with the parents; the duty to provide food; and the impacts of its application on child and adolescent development.

Keywords: family; evolution; guard; rights; duties.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	HISTÓRICO SOCIOJURÍDICO DAS FAMÍLIAS	12
2.1	Evolução legislativa das famílias.....	14
2.2	Espécies de famílias	16
2.3	Princípios do direito de família	18
3	PODER FAMILIAR.....	26
3.1	Suspensão, perda e extinção do poder familiar.....	29
3.2	Do instituto da guarda	32
3.3	Guarda unilateral, alternada e compartilhada	35
4	A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NA LEI Nº 13.058 DE 2014.....	38
4.1	A nova lei da guarda compartilhada.....	40
4.2	Características.....	42
4.2.1	Fixação frente ao litígio entre os genitores	45
4.2.2	O direito e a convivência com os genitores	47
4.2.3	Prestação alimentícia e sua fixação	49
4.2.4	Os impactos da aplicação da guarda compartilhada no desenvolvimento do menor	52
5	CONCLUSÃO	55
	REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

A confecção do presente estudo tem como intuito explorar o instituto da guarda compartilhada, a partir das questões que a tornaram regra no ordenamento jurídico brasileiro, visando facilitar a compreensão de sua viabilidade e dos efeitos da sua aplicação no âmbito prático.

O trabalho monográfico planeja tecer um elo entre as primeiras definições de família documentadas pelo Direito e o atual conceito de entidade familiar, a fim de explicar a relação entre a evolução histórica das famílias e as causas que originaram a guarda compartilhada.

De modo a possibilitar isso, a abordagem adotada demandou como pesquisa inicial os tipos de famílias existentes no Direito Antigo, no Direito Intermédio e no Direito Moderno e Contemporâneo.

Foram objeto de análise as influências do Estado e da religião em cada período histórico, bem como o quanto os fatores sociais de cada época eram determinantes no respectivo conceito de família.

Antigamente, o modo de constituição de uma família era único e imposto com base nos preceitos políticos e religiosos de cada época. Com o passar do tempo, mas principalmente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, a entidade familiar tornou-se a base da sociedade, especialmente protegida pelo Estado.

Nesse sentido, família passou a ser toda e qualquer relação formada por pais e filhos, independentemente da forma pela qual se constituiu. Ou seja, não é preciso haver casamento formal ou a convivência como um casal para que seja reconhecido o núcleo familiar quando houverem filhos.

Assim, para que estejam presentes os direitos e os deveres dos genitores e dos filhos e para que sejam preservados os melhores interesses das crianças e dos adolescentes, é indispensável a observância de todos os princípios que regulam o direito de família.

O tema principal do trabalho é entender a evolução da guarda compartilhada e por que houve a necessidade das mudanças trazidas pela nova legislação, a Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil.

Para chegar neste ponto, uma vez superado o exame das espécies de família e dos princípios que regem o Direito de Família, passou-se pelas diversas formas de poder familiar que existiram até ser definido o conceito moderno. Examinou-se as causas de extinção, as condutas dos pais que podem suspender ou acarretar na perda do poder familiar.

Antes de abordar a guarda compartilhada em espécie, fez-se uma apuração do instituto da guarda e suas outras modalidades, a fim de distingui-las e visualizar os efeitos de cada uma.

Finalmente, no capítulo principal, a guarda compartilhada foi explorada detalhadamente, desde o seu surgimento até a sua efetiva imposição como regra, para o que foi necessário discorrer sobre a sua evolução, a nova lei, as suas características e depreender o liame entre a proposta desta modalidade e a realidade fática do Direito de Família.

A metodologia do projeto proposto partiu da revisão bibliográfica do direito de família e do estudo da influência das normas constitucionais no texto do Código Civil brasileiro.

Logo, através dessa estruturação, foi possível assimilar os aspectos que mais interviam na evolução do instituto da guarda compartilhada e aquelas que foram cruciais à concepção da nova legislação.

Dessa forma, com o conjunto analítico do trabalho exposto, espera-se elucidar a conexão da modalidade de guarda compartilhada vigente com as transformações sociais e jurídicas das relações familiares.

2 HISTÓRICO SOCIOJURÍDICO DAS FAMÍLIAS

Neste capítulo, buscou-se analisar o fenômeno social que é a família, fazendo para isto um apanhado histórico que começou no Direito Antigo, passou pelo Direito Intermédio e chegou ao Direito Moderno e Contemporâneo. Analisou-se, por fim, o instituto à luz da realidade do Direito Brasileiro.

A família é um sistema muito complexo, passando por alguns ciclos de desenvolvimento ao longo da história. Assim, transformou-se através dos tempos, acompanhando mudanças religiosas, econômicas e socioculturais.

No direito antigo, a constituição das famílias mantinha estreita ligação com a unidade de culto e com liames místicos. A formação da família era determinada pela necessidade de subsistência, que era quem regulava as uniões e o número de filhos. Em Roma, o casamento era, por essência, monogâmico, definindo-se como a união entre o homem e a mulher com o fim de estabelecer uma comunhão de vida íntima e duradoura. Nos primeiros séculos do cristianismo, o direito canônico começa a se fortalecer, influenciando assim o direito de família.

No direito intermédio, o conceito de família na idade média passa pela forte determinação e influência da Igreja. Com o cristianismo sendo reconhecido como religião oficial de praticamente todos os povos ditos civilizados, o culto familiar deslocou-se para as capelas, deixando o pater de ser o seu sacerdote. A família perde parte de suas funções, eis que o culto não é mais celebrado pelo patriarca, como ocorria em tempos passados, e era surgida necessariamente com o casamento. Enquanto instituição legítima, deveria reproduzir-se, sendo considerado um casal sem filhos inferior aos demais.

No direito moderno e contemporâneo, no início do século XVI, com a Reforma Protestante, a igreja católica deixa de ser representante exclusiva dos preceitos cristãos. Com a Reforma, altera-se o enfoque dado à família. Para os católicos, caberia somente à Igreja disciplinar o casamento; para os não católicos, caberia ao Estado, e tão somente a ele, a regulamentação dos atos nupciais. Nos países onde ocorreu a Reforma Protestante, surgiram as primeiras leis civis disciplinando o casamento não religioso e transformando-o no único válido legalmente.

Nessas épocas, famílias eram aquelas que o Estado e a Igreja faziam as pessoas acreditar e, por conseguinte, a validade dependia da aprovação daqueles.

Na Idade Moderna, o sistema feudal é substituído pela ideia de Estado Nacional, tirando da família outras de suas funções, entre as quais a de defesa e de assistência, já que os cidadãos passaram a contar, em tese, com a proteção estatal, em vez de recorrer à autotutela. Com a Revolução Industrial, a família deixa de ser uma unidade de produção, sob o comando de seu chefe, passando cada membro a trabalhar dentro das fábricas.

Com a Revolução Francesa, introdutora dos preceitos de liberdade, igualdade e fraternidade no mundo ocidental, mudam muitos dos paradigmas até então tidos como absolutos, permitindo assim a existência de novos modelos de família. Apesar disso, o direito francês não contemplou essas mudanças, pois, por influência do direito canônico, quaisquer outras formas de constituição da família que não o casamento formal, não produziam efeitos jurídicos.

À luz do direito contemporâneo, baseado em princípios democráticos de aperfeiçoamento e de dignidade da pessoa, consagrados na maior parte das constituições modernas, não mais se pode considerar como família apenas a relação entre um homem e uma mulher, unidos pelos laços do matrimônio.

No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece que o conceito de família passa a abranger as unidades familiares formadas por casamento, união estável ou comunidade de qualquer genitor e descendente, enquanto no Código Civil de 1916 a família legítima era apenas aquela formada pelo casamento formal.

Com a força dos preceitos constitucionais de liberdade e igualdade, a sociedade encorajou-se a exercê-los e usá-los como proteção às suas diversas formas de constituir um núcleo familiar.

A nova legislação estabelece que o casamento é a comunhão plena de vida, com direitos iguais para os cônjuges, obedecendo a regra constitucional segundo a qual os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Enquanto a legislação revogada dispunha que o objetivo do casamento era constituir família, o novo Código adotou a definição da Constituição Federal e considera o casamento apenas uma das formas de constituição da família.

Ou seja, atualmente, para o ordenamento jurídico nacional, não importa de que forma se constitui a família, pois é a entidade familiar o centro das relações jurídicas e das disposições legais que a regulam.

2.1 Evolução legislativa das famílias

O Código Civil de 1916 estabelecia sobre a família uma visão discriminatória, limitando-se apenas ao matrimônio e, ainda, impedia sua dissolução. Obteve uma forte influência da Igreja sobre a regulamentação da família. O marido era considerado o chefe, administrando e representando a sociedade conjugal; já a mulher não tinha os mesmos direitos que o homem, apenas cuidava dos afazeres domiciliares, considerando-a relativamente incapaz perante a lei, e ainda havia uma distinção jurídica sobre a filiação legítima e ilegítima.

Nesse sentido, o autor Carlos Roberto Gonçalves¹ esclarece que:

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo patriarcal e hierarquizada, ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacando-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação.

A mulher tornou-se plenamente capaz, e aos filhos ilegítimos foram atribuídos direitos a partir da metade do século XX. A dissolução do casamento veio através da instituição do divórcio (Emenda Constitucional nº 9 de 1977 e Lei nº 6.515 de 1977).

Com a Constituição Federal de 1988, foi consagrada a proteção à família através do artigo 226, texto com o qual estendeu-se a proteção a todos os membros da família de forma igualitária, tanto para a família construída pelo casamento, como pela união de fato, a família adotiva ou a família natural. Consagrou-se a igualdade dos filhos havidos dentro e fora do casamento e dos adotivos, bem como a igualdade constitucional do marido e da mulher. A família passou a ser denominada como monoparental, quando é formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.

In verbis:

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

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

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

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

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

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 16.

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

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

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Constituição Federal de 1988 priorizou o princípio da dignidade humana (art. 1º, III), levando uma verdadeira transformação para o direito de família. No Código Civil de 1916 a família era considerada singular e com o progresso da Constituição Federal de 1988 se tornou plural.

Com o Código Civil de 2002 a visão para o direito de família mudou, foram ampliadas as formas de constituição da entidade familiar e consagrado o princípio da igualdade de tratamento entre marido e mulher, assim como no tratamento dos filhos, hoje respeitados em sua dignidade de pessoa humana, independente da sua origem familiar.

Ainda que conservada a estrutura do Código Civil anterior, o Código Civil atual integrou parte das mudanças legislativas advindas da legislação esparsa.

Acerca do núcleo familiar, Silvio de Salvo Venosa² aduz que “o Direito Civil moderno apresenta como regra geral, uma definição restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco”.

Anteriormente, a sociedade aprovava apenas a família constituída pelo matrimônio, por esse motivo que a lei tratava tão somente como casamento as relações de filiação e parentesco.

Contudo, em consequência da incessante transformação do seio familiar, da dependência do Estado e do dever jurídico constitucional de implantar as medidas fundamentais para a constituição e desenvolvimento das famílias, adveio ao longo da história humana o reconhecimento social das relações extramatrimoniais.

A verdade é que as imposições legais não impediam a evolução social, que é o que molda as legislações até hoje. Por isso, muitas situações não são sequer positivadas, dependendo de construções doutrinárias e jurisprudenciais.

² VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: Direito de família. v. 6. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 01.

Afirma-se, atualmente, que o núcleo familiar, dentre as relações extramatrimoniais, pode ser formado pela união estável, pela união de um dos pais com seus descendentes, que são as famílias monoparentais, e também pela união homoafetiva.

2.2 Espécies de famílias

Para se constituir uma família, sob o ponto de vista jurídico, deve-se ter presente um vínculo afetivo com propósitos comuns de projeto de vida. A celebração do casamento, o envolvimento sexual ou a diferença de sexo do par não representam mais os únicos identificadores de família.

A matrimonial é a primeira espécie de família a ser abordada; é aquela que é formada a partir do matrimônio. É um grupo composto pelos cônjuges e a prole – artigos 1.597, incisos I a V do Código Civil:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Essa espécie se funda nas questões da moralidade, com total intervenção do Estado e da religião, como uma forma de manter a ordem social e regular, portanto, as relações afetivas.

Hoje, pode-se dizer que a regra do dispositivo citado está defasada, porque todos os filhos têm os mesmos direitos e as mesmas qualificações, sejam nascidos durante o casamento ou não, sejam adotados (artigo 1.596, Código Civil). Por esta razão, é proibido que sejam feitas quaisquer designações discriminatórias à forma de concepção dos filhos, independentemente da presunção do referido artigo.

A segunda modalidade de família é denominada de informal, ou seja, aquela constituída fora do casamento. Antigamente, a única relação reconhecida era aquela fundada no casamento, só sendo reconhecidos aqueles filhos constituídos dentro do

casamento. Embora as estruturas familiares informais fossem rejeitadas pela lei, a sociedade passou a aceitar, sendo regulamentada com base na união estável. Assim, as famílias tidas como informais foram regulamentadas com base nas uniões estáveis, que geram deveres e criam direitos, especialmente aos filhos, ainda que concebidos em relações sem os formalismos de um casamento.

A homoafetividade é a terceira espécie de família. Com base no dispositivo do artigo 226, § 3º da Constituição Federal, reconheceu-se como união estável aquelas estabelecidas entre um homem e uma mulher.

Só que nenhuma espécie de afeto deve deixar de ser família, sendo frequentes as decisões que reconhecem direitos a essas relações, sendo hoje conferido o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A quarta espécie de família é a monoparental. Esta é constituída por um dos pais e seus descendentes, mas que, por omissão do legislador, não possui seus direitos regulamentados expressamente no Código Civil.

Outra modalidade de família é a parental, que se funda na convivência que é feita entre os parentes ou pessoas que não são parentes, dentro de uma estruturação com essa identidade e propósito, pode ser chamada também de família anaparental. A sexta espécie é a família pluriparental que é aquela resultante da pluralidade das relações parentais, ou seja, pela multiplicidade de vínculos que são obtidos pelo casamento e separação, com a ambiguidade de compromissos e a sua interdependência.

Família paralela é aquela constituída com base em uma união estável e o casamento paralelamente, onde se possui duas famílias, podendo ser também duas uniões estáveis. A jurisprudência brasileira nega amplamente a existência desses relacionamentos, principalmente o Superior Tribunal de Justiça e a Corte Suprema.

Por fim, as famílias eudomonistas, que são aquelas instituídas com base na afetividade, que tem como finalidade a busca de felicidade individual em um processo de emancipação com os seus membros. Tem como proteção o disposto no artigo 226, § 8º da Constituição Federal: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”.

As famílias plurais são de grande relevância para a compreensão de todo o contexto fático do próprio Direito de Família, e mesmo não tendo normas expressas

que disponham sobre cada nova família, todas já estão inseridas na sociedade brasileira.

Logo, pode-se dizer que são as disposições legais que devem acompanhar a evolução da sociedade, pois à medida que surgem novos institutos, cabe ao Direito regulá-los.

Em virtude desse silogismo, prevalece, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que o rol familiar previsto pela Constituição Federal tem natureza exemplificativa. Justamente por isso é que, qualquer projeto legislativo que surja para tentar restringir o conceito de família, será inconstitucional³.

Com isso, resta evidente que as disposições legais vigentes adotaram o afeto e a interação das pessoas como os principais elementos caracterizadores de uma entidade familiar.

2.3 Princípios do direito de família

Os princípios do direito de família têm como fonte essencial a Constituição Federal de 1988, sendo que por vezes até são chamados de princípios constitucionais, sobrevivendo com base na Carta Magna, maior garantidora dos direitos fundamentais.

Acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. Os princípios pairam sobre toda a organização jurídica.

São inúmeros os princípios que englobam o direito de família, não havendo como precisar o seu número mínimo, sendo que cada autor traz ao estudo os princípios que entendem mais influentes no assunto.

A classificação dos princípios do direito de família feita por Maria Berenice Dias⁴ é a que será exposta. Iniciando pela dignidade da pessoa humana, o princípio que significa igual dignidade para todas as entidades familiares, não importa o modo pelo qual sejam constituídas.

³ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 1204.

⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed. rev., atual e ampl. De acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visitas dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 65 a 72.

Quanto à liberdade, tem a ver com a relação familiar e o redimensionamento da autoridade parental. Este princípio é o responsável pela consagração dos laços de solidariedade entre os pais e seus filhos, estando intimamente ligado à igualdade entre os cônjuges no exercício conjunto do poder familiar para o bem maior, que é o melhor interesse dos filhos.

À igualdade também está conectado o respeito às diferenças, já protegido pelo texto constitucional, com ressalva às desigualdades que devem ser sopesadas para a prevalência da igualdade material.

Seguindo essa linha, vem a solidariedade familiar, que se origina dos vínculos afetivos e compreende a fraternidade e a reciprocidade; assim como o pluralismo das entidades familiares, reconhecido pelo Estado como a possibilidade de haver várias composições de família.

Da proteção integral a crianças e adolescentes tem-se como uma consagração constitucional da asseguaração a estes, com prioridade, dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária – vide a lei especial para eles promulgada.

Similarmente, o estatuto para os idosos, como um microssistema que consagra uma série de prerrogativas e direitos às pessoas com mais de 60 anos, mercedores de cuidados mais significativos. São normas definidoras de direitos e das garantias fundamentais de aplicação imediata.

Para sustentar o alcance desses princípios é que há a proibição do retrocesso social, pois, uma vez que o ente estatal garante direitos sociais, a realização destes se constitui em uma obrigação positiva para a sua satisfação, além da obrigação negativa de não se abster de propiciar sua realização.

No fim da classificação, a afetividade. O afeto, como a solidariedade, deriva da convivência familiar. Assim, o *status* de filho é o puro reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade como um direito a ser alcançado: o melhor interesse dos filhos.

Desse conjunto de princípios classificados pela doutrinadora, pode-se ver que todos estão relacionados subjetivamente aos integrantes da entidade familiar, pois são as premissas que tornam a família como um dos pilares da sociedade e do desenvolvimento humano.

Como ensina Paulo Bonavides⁵:

Os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional, o que provocou sensível mudança na maneira de interpretar a lei.

Cabe citar como princípios do direito de família a dignidade da pessoa humana; a igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros; a igualdade jurídica de todos os filhos; o pluralismo familiar; a liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar; a consagração do poder familiar; o superior interesse da criança e do adolescente; a afetividade; a solidariedade familiar; a função social da família e a boa-fé objetiva.

O princípio da dignidade da pessoa humana dá a garantia do pleno desenvolvimento dos membros da comunidade familiar. É um direito constitucional elencado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988⁶ e uma garantia a todos os cidadãos. Por sua natureza constitucional, é utilizado como norteador dos direitos de família.

Desse modo, vale apontar que a dignidade da pessoa humana, entre os membros da entidade familiar, passou a ser considerada após a promulgação da Constituição Federal de modo que, antes de 1988, as questões acerca do tema não tinham importância. Com base em tal princípio é que surgiram os outros princípios do direito de família.

Traz o significado de igual dignidade para todas as entidades familiares, portanto, é incorreto dar tratamento diferenciado para as várias formas de filiação ou as várias maneiras de constituição das famílias atuais.

O princípio da dignidade humana é a base da comunidade familiar, relativo aos direitos de todos os membros da família. É este preceito que assegura o respeito à todos os tipos de famílias.

O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros está previsto no já citado artigo 226, § 5º da Constituição Federal. E no artigo 1.511 do Código Civil: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”.

⁵ BONAVIDES, Paulo apud DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 56.

⁶ BRASIL. Constituição Federal. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

Maria Helena Diniz⁷ exalta tal princípio como o marco do desaparecimento do poder marital, da autocracia do chefe de família, que foi substituída pelo sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre os conviventes, já que homem e mulher têm os mesmos direitos e deveres na sociedade conjugal. O patriarcalismo não se encaixa mais à época atual, nem de perto atende aos anseios do povo brasileiro.

Portanto, juridicamente, o pátrio poder foi substituído pela autoridade conjunta e indivisa, não mais havendo espaço para a submissão legal da mulher. Os papéis são equivalentes e a responsabilidade familiar deve ser dividida igualmente entre o casal.

Fundamentando-se com o mencionado acima, e ao estudo referente ao assunto, observa-se que, a partir do momento que surgiu o princípio de igualdade entre os cônjuges e companheiros, a ideia do pai de família (pater famílias) foi desaparecendo, dessa forma não sendo mais utilizada a expressão “pátrio poder”, a qual foi substituída por “poder familiar”.

Com o princípio da igualdade, o homem e a mulher passaram a ter os mesmos direitos e deveres, com principal esfera na liderança da família. Ademais, ambos os pais têm o mesmo direito e poder de direção dos filhos, tendo assim por dever conduzir a família no mesmo patamar, dando aos filhos a base necessária para o desenvolvimento junto à sociedade.

Esse é um princípio reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro como um todo. Principalmente na Constituição Federal, em que o inciso I do artigo 5º positiva: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

Ante o exposto, são garantidos aos membros da família igualdade de direitos e deveres, pois tanto a mulher como o homem têm igual poder na direção da família.

O pai e a mãe dispõem de direitos e possuem deveres perante seus filhos. Todos os filhos têm os mesmos direitos perante os pais, independentemente do tipo de relação em que foram concebidos ou de que forma fora constituído o poder familiar ao qual se submetem.

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos é um princípio constitucional plasmado na Constituição Federal: “Os filhos, havidos ou não da relação do

⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v. 5, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 19.

casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (Art. 227, § 6º).

Já no Código Civil de 2002, a filiação e o reconhecimento dos filhos, inclusive por adoção, são tutelados pelos artigos 1.596 a 1.619.

O diploma civilista, no artigo 1.596 reproduz o texto constitucional nas mesmas palavras e, nos dispositivos seguintes, regulamenta as formas de prova da filiação e questões relativas a dúvidas sobre esta, como o direito de ação para contestá-la ou prová-la.

Nos artigos 1.607 a 1.617 está o reconhecimento da filiação, que é irrevogável quanto aos filhos havidos fora do casamento. O reconhecimento poderá ser feito por decisão judicial que, neste caso, produzirá os mesmos efeitos, com a diferença de que poderá o filho ser criado e educado fora da companhia daquele que o contestou.

Ainda, é decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, igualando a condição dos filhos dentro ou fora do casamento, e os adotivos, deixando de permitir qualquer tipo de diferenciação entre os mesmos.

Não é admitida a distinção entre os filhos legítimos, adotivos e naturais, quanto ao nome, alimentos, poder familiar e sucessão. É permitido a qualquer tempo o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento e proibido que conste no registro do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima ou designações discriminatórias relativas à filiação.

O pluralismo familiar é um princípio que se refere à diversidade de hipóteses de instituir uma comunhão familiar, sendo o núcleo familiar constituído não apenas pelo casamento, mas também por diversas maneiras, seja pelo casamento civil, seja pela constituição de união estável, seja pela entidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho⁸ leciona que “o princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares”.

A sociedade e a família vivem em constante mutação, tanto que, na própria evolução do Direito de Família, observa-se que, inicialmente, a única forma de se constituir família era através do matrimônio.

⁸ FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque apud DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 66.

Com o decorrer do tempo houve a necessidade de ir além, no momento em que passou a ser reconhecida a união estável, razão por que o princípio da pluralidade familiar abrange a diversidade de entidades familiares. Atualmente, é também comum a existência de famílias monoparentais, nas quais um só dos genitores, a mãe ou o pai, convive sozinho com a prole.

Diferente do princípio do pluralismo familiar, que aborda sobre as modalidades de constituição familiar, há o princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida em família, pois trata da vontade das pessoas de querer ou não construir um núcleo familiar.

Com o princípio da consagração do poder familiar, o anteriormente chamado de pátrio poder, passou-se a ter um novo conceito e uma nova aplicação desse instituto, sendo que o exercício absoluto do poder marital ou paterno começou a ficar de lado, consagrando, conseqüentemente, o poder familiar a partir da vigência do Código Civil brasileiro de 2002, o que está expresso no texto regulamentador dos seus artigos 1.630 a 1.638.

Ao poder familiar, exercido por ambos os genitores, os filhos devem submeter-se até atingir a maioridade. Somente na falta ou por impedimento de um é que o outro genitor exercerá o poder familiar exclusivamente. Prevê o parágrafo único do artigo 1.631 que, se houver divergência dos pais em relação ao modo de exercício do poder familiar, poderão socorrer-se da tutela do juiz.

A seguir, o Código Civil reforça que a dissolução da relação conjugal não altera a relações entre os pais e os filhos, que tem o direito de convivência.

Seguindo esse raciocínio, a existência da entidade familiar e o direito de exercício do poder familiar, na legislação, foram positivados a partir dos casos concretos que surgiram com as modificações históricas da sociedade e a necessidade de intervenção do Direito nos conflitos deles originários.

Sobre o assunto, Maria Helena Diniz⁹ define que “o princípio da consagração do poder familiar, substituindo o marital e o paterno, no seio da família, é atualmente considerado poder-dever de dirigir a família e exercido conjuntamente por ambos os genitores”. Assim, esse princípio aponta aos pais o poder e o dever quanto à direção da família.

⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v. 5, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23.

O princípio do superior interesse da criança e do adolescente permite o completo desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente e, ainda, norteia a busca para as soluções das questões que podem causar confusões advindas do divórcio dos genitores.

Na Constituição Federal, no já mencionado artigo 227, está consolidado tal princípio, uma vez que é premissa fundamental a manutenção do bem-estar das crianças e dos adolescentes:

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

O texto legal supracitado exalta o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois devem ser tratados, não só por sua família, mas pela sociedade e pelo Estado, com absoluta prioridade.

Tal premissa abrange, inclusive, a forma de julgamento dos procedimentos judiciais que envolvem os interesses de menores, em que é obrigatória a intervenção do Ministério Público como fiscalizador da proteção empreendida em favor das crianças e dos adolescentes, quando estes são partes de litígios no âmbito do Direito de Família.

A criança e o adolescente são frágeis e vulneráveis, e estão em pleno desenvolvimento e, nessa senda, precisam de um tratamento especial para o bem de preservar a sua integridade psicológica, principalmente quando são o centro dos conflitos levados ao conhecimento do Poder Judiciário.

O princípio da afetividade é de grande importância para o núcleo familiar, sendo assim orientador para o direito de família. Possui uma enorme relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como base o respeito. Neste princípio, entende-se que o parâmetro para o casamento e a vida conjugal são o afeto, a harmonia e a união entre os cônjuges.

A solidariedade social é distinguida como objetivo fundamental pelo artigo 3º, inciso I da Constituição Federal¹⁰, com a intenção de buscar a construção de uma

¹⁰ BRASIL. Constituição Federal. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

sociedade livre, justa e solidária e repercutindo nas relações familiares, pela existência da solidariedade em relacionamentos pessoais.

O princípio da solidariedade familiar é compreendido pela própria reciprocidade e fraternidade, sendo que cada membro da família deve observar a solidariedade, tendo uma origem nos vínculos afetivos.

A família como base da sociedade originou o princípio da função social da família. Para a doutrina moderna, a família não é mais um fim em si mesmo, mas é o meio social para a busca da felicidade na relação com o outro¹¹.

Em que pese a boa-fé objetiva esteja mais vinculada a outras áreas do Direito Civil, no Direito de Família, este princípio coexiste com aquelas questões de direito existencial e patrimonial, porquanto deve ser utilizado como base de proteção dos interesses dos envolvidos nos casos de ruptura dos laços familiares e de divisão de eventual patrimônio em comum.

Nesse corolário, pode-se verificar que os princípios têm natureza subjetiva, tendo em vista que o instituto do Direito de Família trata das relações entre indivíduos, as quais vão além da formalidade legal, muitas vezes não havendo uma solução para os seus conflitos na letra fria da lei.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p. 98.

3 PODER FAMILIAR

Para o estudo do instituto da guarda é indispensável abordar o poder familiar.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, o poder familiar era denominado como pátrio poder, que induzia um poder do pai sobre os filhos, afigurando-se incoerente com a igualdade dos cônjuges, indo de encontro à doutrina da proteção integral dos filhos como sujeitos de direitos, daí a necessidade de evolução para a denominação poder familiar, a traduzir uma noção de autoridade pessoal e patrimonial dos pais na condução dos prioritários interesses dos filhos¹².

O poder familiar, hoje, é visto como um dever dos pais em relação aos filhos e não se limita à educação ou a cuidados físicos, mas se estende a proporcionar um desenvolvimento integral de todas as potencialidades das crianças e adolescentes.

Por sua vez, a ele também está atribuído o dever de prestar alimentos, meio de obter melhores condições de crescimento físico, emocional e intelectual dos filhos¹³.

O poder familiar vige enquanto durar a menoridade dos filhos ou até sua emancipação, se for o caso. Tem caráter irrenunciável, imprescritível, inalienável e indisponível. Por decorrer do vínculo jurídico de filiação, a extinção do poder familiar ocorre em razão da morte dos pais ou do filho, mas também poderá ser decretada por medida judicial.

Ainda, de acordo com o artigo 1.637 do Código Civil, e também com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual, inclusive, prevê o procedimento judicial a ser seguido, é possível ocorrer a suspensão da função parental.

Para aplicação da sanção de suspensão do poder familiar, deve ser apurado o cometimento de abuso da autoridade, a falta de cumprimento dos deveres ou o arruinamento dos bens dos filhos por parte da mãe ou do pai. A averiguação pode ser requerida por algum parente ou pelo Ministério Público.

Após, o juiz decidirá qual a medida que irá adotar, observando a que melhor salvaguardar o menor. Obrigatoriamente, a perda e a suspensão do poder familiar devem ser decretadas por uma decisão judicial, após oportunizado o contraditório¹⁴.

¹² MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 677.

¹³ THOMÉ, Liane Maria Busnello; SILVA, Clóvis Rocha da. A inscrição do devedor de alimentos no cadastro de proteção ao crédito como forma de concretizar o princípio da dignidade humana. In: IBIAS, Delma Silveira. Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais. Porto Alegre: IBDFAM/RS, Letra e Vida, 2012, p. 154.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.069 de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos

São motivos para tanto o descumprimento das obrigações de sustento, guarda e educação dos filhos menores por parte dos pais.

Nos casos de causa grave, a autoridade judiciária poderá até mesmo decretar a suspensão do poder familiar liminarmente até o julgamento definitivo do processo. Nesta hipótese, a criança ou adolescente ficarão confiados a pessoa idônea através de um termo de responsabilidade.

As decisões judiciais devem ser proferidas com muita cautela, por operarem mudanças na vida dos menores e os afastarem da companhia de seu núcleo familiar. Por esta razão é que o procedimento legal pode contar com realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional. É obrigatória a oitiva dos pais, oportunizando-lhes o exercício de defesa. Deve haver a produção de provas para ajudar na análise do julgador. O procedimento deve, obrigatoriamente, ser concluído em 120 (cento e vinte) dias.

A dissolução da relação conjugal não altera a relação entre pais e filhos (artigo 1.632, Código Civil), tendo em vista que o rompimento do vínculo entre os genitores não retira destes o poder familiar que exercem sobre os filhos em comum.

Necessário distinguir que, os papéis de marido e mulher e de companheira e companheiro, são extintos na dissolução do relacionamento afetivo, mas, por outro lado, para sempre o vínculo de parentalidade permanecerá.

Enquanto existe a figura do “ex-marido” e da “ex-mulher”, não existe a figura do “ex-filho”¹⁵. Pelo contrário, mesmo quando há separação dos genitores, ambos permanecem com o direito de exercer o seu poder familiar em face dos filhos em comum, e ainda têm que cumprir os mesmos deveres destinados a preservação do melhor interesse dos filhos, independentemente dos termos da separação, tudo isso com igualdade.

A autoridade parental está diretamente ligada ao melhor interesse dos filhos, porque estes, enquanto menores de idade, estarão sujeitos ao poder familiar, e dele dependerão para desenvolverem-se como pessoas.

Os institutos da guarda aprimoram o modo de gestão dos interesses do filho, bem como o tempo que os genitores ficarão com o filho em sua companhia, a fim de

casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

¹⁵ ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 18.

cumprir o recomendado pelo legislador. São advindas da ruptura familiar o direito assistencial, a tutela, curatela, adoção e guarda.

A tutela é um conjunto de direitos e obrigações delegado pelo Estado a um terceiro, para que zele pela criação, educação e pela administração dos bens do menor não emancipado que não se encontre sob o poder familiar, representando-o e assistindo-o nos atos da vida civil. Há três modalidades de tutela: a testamentária, a legítima e a dativa.

Distinta da tutela tem-se a curatela, que visa à proteção de interesses dos maiores incapazes, com finalidade protetiva e assistencial. O Código Civil prevê a curatela do nascituro, sendo necessária a nomeação de curador ao relativamente incapaz, maior de 16 e menor de 18 anos, que sofra das faculdades mentais, porque não pode praticar nenhum ato da vida civil. Ela é temporária, perdurando somente enquanto a causa da incapacidade se mantiver.

A adoção é o ato solene pelo qual se admite em lugar de filho quem não é por natureza. Quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural, excepcionalmente e irrevogavelmente, recorre-se a medida de adoção, salvo se o adotando já estiver sob guarda ou tutela do adotante. Este, no caso de adoção, deve ter, no mínimo, dezoito anos contados a partir da data do pedido.

O termo guarda, entre outras aplicações, se destina a identificar o ato de vigiar e cuidar, tendo consigo alguém ou alguma coisa, fato que lhe acarreta também a obrigação de zelo e manutenção. A situação de guarda fica bem evidente quando tratada no direito obrigacional.

Entretanto, quando se trata de definir a guarda de filhos no âmbito do direito de família, surgem dificuldades significativas, já que, por óbvio, a proteção legal é direcionada a uma pessoa e não a uma coisa, envolvendo, por isso mesmo, circunstâncias que invocam sentimentos, emoções e paixões de todos os integrantes desse processo, e não o ato puro e simples de vigiar e cuidar¹⁶.

¹⁶ ASSIS, Zamira de; RIBEIRO, Wesley Carlos. A base principiológica do melhor interesse da criança: apontamentos para análise da (im)propriedade da expressão "guarda de filhos" quando do rompimento da conjugalidade dos genitores. Revista IOB de Direito de Família, v. 71, abr/maio 2012, p. 88.

3.1 Suspensão, perda e extinção

O poder familiar é uma função que os pais devem exercer perante toda a menoridade de seus filhos e, por isso, não é passível de abdicação voluntária, porque é uma função inalienável, indelegável e irrenunciável.

A partir do momento em que um ou ambos os genitores deixem de cumprir com suas obrigações inerentes ao poder familiar em face de seus filhos, agindo de maneira que prejudique o menor, o Estado deverá intervir.

Uma das formas de intervenção do Estado pode ser através da suspensão do poder familiar, que está elencado no artigo 1.637 do Código Civil:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

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.

Portanto, sempre que houver abuso de autoridade do pai ou da mãe, ao ponto de comprometer a saúde, o bem-estar e até mesmo o patrimônio dos filhos, poderá ser suscitada a suspensão do poder parental, de ofício, por outro parente, ou pelo Ministério Público.

Trata-se efetivamente de uma medida de proteção para os filhos e uma sanção imposta àquele genitor que deixa de observar os interesses dos seus descendentes menores de idade, violando os deveres jurídicos impostos pelo estado de filiação¹⁷.

Outrossim, é prevista a suspensão do poder familiar quando o pai ou a mãe forem condenados por crimes, em sentença irrecorrível, às penas superiores de dois anos de prisão.

Suspendendo-se o poder familiar à um dos genitores, mas o outro permanecendo disponível e hábil a exercê-lo, permanecerão os filhos sob a guarda deste. Se ambos os progenitores atentarem contra os direitos de seus filhos, estes serão colocados sob a tutela estatal ou de pessoa capaz de guardá-las durante o procedimento contra os pais.

¹⁷ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada: física e jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 34.

Há uma linha tênue entre o abuso de autoridade e o exercício legal do poder familiar, porque aquele não está listado objetivamente. Então, pode haver abuso de autoridade quando os genitores cometem excessos em face dos filhos, mesmo se nos atos inerentes ao poder familiar.

A violência contra os filhos é mais fácil de ser constatada, embora a denúncia sobre a sua ocorrência, em muitos casos, demore a ser feita. Podem ser de ordem física, psicológica ou sexual. Nesta última hipótese, tamanha a gravidade, são casos de perda definitiva do poder familiar.

O artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente trata da suspensão para os casos de descumprimento dos deveres do artigo 22 da mesma Lei¹⁸. O juiz poderá optar pela aplicação da suspensão se entender ser a melhor medida para os interesses da criança ou do adolescente.

Toda suspensão se dará através de decisão judicial, porém não será, de imediato, definitiva. A provisoriedade tem como fim possibilitar eventual cessação dos motivos que provocaram a suspensão, e esta medida poderá ser revista ou modificada, permitindo aos pais a retomada do poder familiar perante o menor.

Também estão no Estatuto da Criança e do Adolescente, no parágrafo único do artigo 22, as responsabilidades de cuidado, educação, transmissão familiar de suas crenças e culturas, desde que assegurados os direitos da criança e do adolescente, ou seja, que tais ideais não interfiram negativamente ou imponham condições que vão de encontro ao melhor interesse dos filhos.

Uma das sanções mais graves imposta aos pais, quando deixarem de cumprir com suas obrigações em relação aos seus filhos, é a perda ou destituição do poder familiar, conforme descreve o artigo 1.638 do Código Civil:

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

Veja-se que o dispositivo impõe a perda, por ato judicial, se configuradas as condutas do rol taxativo. Castigar imoderadamente é ultrapassar o limite da conduta de correção e educação dos filhos, agredindo-os com excesso de força.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 8.069 de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Abandonar os filhos é omitir-se nas obrigações legais de zelar por sua vida, por sua saúde, sua segurança e por seu bem-estar geral. Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes é exigir o trabalho infantil ou utilizar os filhos para cometimento de crimes.

Já a reiteração das condutas elencadas pelo artigo 1.637 acaba revelando que as sanções anteriores não surtiram efeitos nos progenitores, o que demanda uma intervenção mais rigorosa.

Um tópico que se tornou frequente quando tratadas as circunstâncias para a destituição do poder familiar é a alienação parental praticada por um dos genitores. Apesar de não ser expressamente narrada como causa, é assim reconhecida.

Essa conduta acaba prejudicando, e muitas vezes impedindo, a convivência da criança e do adolescente com o outro genitor, o que pode lhes acarretar graves problemas de desenvolvimento e causar-lhes danos de ordem psicológica.

A perda do poder familiar é uma sanção definitiva, ao contrário da suspensão. Desse modo, é de suma importância que seja observado caso a caso se esta medida realmente é necessária aos interesses e à proteção do menor, porquanto em certas vezes poderá se estar prejudicando ainda mais o seu bem-estar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente salienta sobre isso no artigo 23: “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”.

Na hipótese descrita no artigo acima, caberá ao Estado suprir as condições mínimas de sobrevivência com políticas assistenciais à família¹⁹.

A perda do poder familiar por meio de ato judicial implica a sua extinção, que é a cessação definitiva do poder familiar com o afastamento definitivo. O Código Civil, em seu artigo 1.635, também descreve eventos causadores da extinção automática deste poder:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único²⁰;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638²¹.

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. v. 6. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 315.

²⁰ BRASIL. Lei nº 10.406 de 2002. Código Civil. Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Parágrafo único. Cessar, para os menores, a incapacidade: [...]

A morte dos pais ou do filho é causa natural de extinção do poder familiar, já que com a morte extingue-se a personalidade jurídica da pessoa. A emancipação é como um ato de declaração de que o filho se tornou independente do poder familiar. Na maioria, presume-se que o filho conquistou condições de suprir suas próprias necessidades.

A extinção do poder familiar acontece de uma forma natural e automática, segundo o descrito no artigo supracitado. Seu objetivo é o término definitivo da função do poder familiar, acabando com o dever de proteção entre pais e filhos.

A adoção é a exceção das formas naturais de extinção, tendo em vista que ela decorre de decisão judicial. Há o entendimento de alguns doutrinadores de que acontece uma substituição do poder familiar, da família biológica para os pais adotantes, e não uma extinção. Tal medida só será decretada nos casos em que estiver evidente que se trata da hipótese mais vantajosa à criança ou ao adolescente que for adotado.

Portanto, entende-se que o poder familiar é uma instituição fundamental no direito de família, já que os genitores têm seus direitos e obrigações perante seus filhos, devendo essas obrigações serem cumpridas, sob pena de os pais perderem o poder familiar que possuem sobre seus filhos.

3.2 Do instituto da guarda

A guarda pode ser interpretada de várias formas, como segurança, vigilância ou proteção. Para o direito de família é dever e direito, de ambos ou de um dos pais, atribuído em benefício de seus filhos.

Para o doutrinador Silvio Rodrigues:

A guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho²¹.

²¹ BRASIL. Lei nº 10.406 de 2002. Código Civil. Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

²² RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de família. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 344.

A necessidade de regulação do instituto da guarda originou-se das condutas sociais de rompimento do vínculo conjugal.

A partir do momento em que se tornou frequente a dissolução da vida em matrimônio, foi preciso impor normas de defesa dos interesses das crianças e dos adolescentes diante dos conflitos gerados pelas separações.

Com o fim da entidade familiar e da convivência no mesmo lar, torna-se imprescindível a regularização da situação jurídica dos filhos.

Assim mesmo, em muitos casos, desvia-se da finalidade da guarda quando um dos genitores usa os filhos para afastar e magoar o ex-companheiro.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 33 e incisos, o assunto é explanado: “A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.” (*caput*).

A guarda é a regularização da posse de fato. Ou seja, estando a criança ou o adolescente sob situação irregular, deve ser requerida sua guarda perante o poder jurisdicional.

Em regra, é deferida nos casos de tutela e adoção. Excepcionalmente, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, defere-se o direito de representação para a prática de atos determinados.

Com a regularização da guarda, a criança ou o adolescente tornam-se dependentes, para todos os fins e efeitos de direito, e o guardião passa a deter o poder sobre eles.

Importante destacar que o deferimento da guarda a terceiros não extingue o direito de visitas e o dever de alimentos dos pais, que ainda poderão ser regulamentados, a pedido do interessado ou do Ministério Público, salvo nos casos de adoção e de expressa e fundamentada determinação em contrário da autoridade judiciária competente.

Observa-se que a guarda demanda cuidados cotidianos com os filhos, e, ainda, que a posse da prole é de quem possui a guarda da mesma.

Estão expressos no Código Civil de 2002 as atribuições do poder familiar que os genitores têm perante seus filhos, com as alterações da Nova Lei da Guarda Compartilhada nº 13.058 de 2014.

In verbis:

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

- I - dirigir-lhes a criação e a educação
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Diante disso, os genitores têm que arcar com os seus deveres, sob pena de, no caso de omissão, incidirem nos artigos do Código Penal.

São tipificados como crime o abandono de pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono; deixar de prover a subsistência do filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, não lhe proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar de prestar socorro, sem justa causa a descendente gravemente enfermo; e deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar.

Quando há o rompimento do convívio dos genitores, eles deixam de exercer as funções parentais em conjunto, necessitando ser determinada, portanto, uma modalidade de guarda que aponte a efetividade da pretensão do melhor interesse para o menor e possibilite que ambos os genitores mantenham-se exercendo o direito de direção da vida dos filhos.

Independente da modalidade de guarda escolhida ou também pela forma adotada pelos genitores, é absolutamente proibido à instituição da guarda por qualquer tipo de acordo que não seja levado a ciência do Poder Judiciário. Ou seja, tudo que envolver a guarda e os cuidados de menores precisa ser levado ao Juízo, mesmo que tenha algum tipo de acordo prévio entre os genitores.

Maria Helena Diniz aponta três critérios que podem ajudar o magistrado na decisão de qual a modalidade de guarda adequada ao caso concreto, que são as referências de continuidade:

1. Continuum *de afetividade*: o menor deve ficar com quem se sente melhor, sendo interessante ouvi-lo.
2. Continuum *social*: o menor deve ficar onde se sente melhor, levando-se em conta o ambiente social, as pessoas que o cercam.
3. Continuum *espacial*: deve ser preservado o espaço do menor, o “envoltório espacial de sua segurança”.²³

É claro que essas referências não são obrigatórias, pois, para a conclusão do julgador, dependerá da ponderação com as características de cada caso.

Assim, quando a guarda comum não mais existir, pelo fim do casamento dos genitores, dissolução de uma união estável, término de um relacionamento entre namorados que tiveram filhos e nos casos uma relação ocasional, será mais do que necessária a definição de qual guarda é viável para ser exercida, sempre pensando no melhor interesse e cuidado com a criança ou adolescente.

3.3 Guarda unilateral, alternada e compartilhada

A guarda unilateral é prevista legalmente para aqueles casos em que não há possibilidade de fixação da guarda compartilhada.

Está prevista no artigo 1.583²⁴ do Código Civil, e é aquela atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua, cabendo ao juiz a atribuição da guarda para o genitor que tenha melhores condições de proteger os direitos dos menores. Independentemente do genitor que fique com a guarda, ambos permanecem com o poder e o dever de resguardar e assegurar o desenvolvimento de seus filhos.

Aos progenitores não-guardiões são assegurados os mesmos direitos dos pais guardiões, pois não é o vínculo conjugal que cria o poder parental, mas a filiação.

De acordo com o disposto no artigo 1.589²⁵ do Código Civil, cabe ao genitor que não ficar com a guarda o direito de convivência e a obrigação de fiscalizar os interesses do filho.

²³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 7, p. 311.

²⁴ BRASIL. Lei nº 10.406 de 2002. Código Civil. Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua [...].

²⁵ BRASIL. Lei nº 10.406 de 2002. Código Civil. Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Para o melhor interesse da criança e do adolescente, o direito de convivência poder ser determinado através de um acordo entre os genitores ou, se não houver um acordo que seja benéfico para o menor, será por determinação do juiz.

Há situações em que um dos genitores não aceita a separação conjugal, e por estar com o direito de guarda fica levantando falsas insinuações sobre o outro genitor para desestabilizar o afeto com o menor, usufruindo do convívio diário influenciando negativamente o menor contra o outro genitor, que apenas pode vê-lo em dias específicos, sendo essa conduta denominada como alienação parental.

Dentre as modalidades de guarda, há a guarda alternada, porém não é prevista pelo Código Civil. A guarda alternada é uma construção jurisprudencial e doutrinária.

A guarda alternada não é recomendável para a criança, porque se presume a alternância entre as duas residências, deixando de ter uma rotina, podendo prejudicar sua saúde psíquica, deixá-la confusa sobre seu ponto de referência, sem saber reconhecer até mesmo qual o lugar onde mora, entre outras coisas que são consequências dessa situação e prejudiciais ao desenvolvimento sadio da criança e do adolescente.

Justamente por isso, a fim de garantir o interesse do menor, o ordenamento jurídico promulgou a Nova Lei de Guarda Compartilhada, que veio para estabelecer como regra a aplicação desta modalidade.

A guarda compartilhada é uma responsabilidade recíproca de ambos os genitores, que não residem mais na mesma casa, com seus filhos em comum.

A guarda compartilhada teve início no Brasil através da Lei nº 11.698 de 2008, a qual alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, passando a ser aplicada pelo magistrado sempre que fosse possível.

Em dezembro de 2014 passou a vigorar a Lei nº 13.058 de 2014, alterando os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, estabelecendo um novo significado para a guarda compartilhada e sobre sua utilização.

No *caput* e no § 1º do artigo 1.583 mantiveram-se os textos de instituição e de conceito da guarda compartilhada, dados pela Lei nº 11.698 de 2008. O § 2º, que antes regulava sobre a guarda unilateral, passou a regular sobre a guarda compartilhada.

No artigo 1.584 mudaram os §§ 2º a 4º. O § 2º modificou a hipótese de compartilhamento da guarda, não sendo mais só quando for possível, mas sim mesmo quando não houver consenso entre os genitores.

O § 3º acrescentou que as orientações técnico-profissionais ou das equipes interdisciplinares deverão assistir, quando necessário, visando à divisão equilibrada do tempo. Em contrapartida, o § 4º suprimiu trecho que previa a redução do número de horas de convivência com o filho como penalização, pois iria de encontro ao objetivo maior da guarda compartilhada.

Enfim, foi incluído o § 6º, inovando no instituto da guarda, concedendo aos pais o acesso a informações sobre seus filhos junto aos estabelecimentos públicos ou privados, o que se originou no direito de vigilância do genitor não-guardião, com o intuito de preservar a sua participação integral na vida dos filhos.

Caso não haja um acordo entre o casal quanto à guarda do filho, mas os pais estejam aptos para exercer o poder familiar, assim deverá ser aplicada a guarda compartilhada. Todavia, a regra deixa ser aplicada quando um dos genitores declarar que não deseja a guarda do menor.

Os genitores dividem o poder familiar com o compartilhamento da guarda, evitando comportamentos prejudiciais aos interesses do menor, do mesmo modo da guarda unilateral.

No capítulo seguinte, a guarda compartilhada será mais aprofundada.

4 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NA LEI Nº 13.058 DE 2014

No capítulo XI do Código Civil de 2002 estão as regras de “Proteção da Pessoa dos Filhos”. Quando foi publicado o diploma civilista, a guarda compartilhada ainda não existia no Direito de Família.

A guarda compartilhada tornou-se um instituto regulado pelo Direito Civil pátrio no ano de 2008.

Inobstante o conceito de família esteja presente há muitos séculos, o divórcio apenas foi regulamentado em 1977 pela Lei nº 6.515. Para o procedimento regido por esta legislação, a separação poderia fundar-se na culpa de um dos cônjuges, e isso seria determinante para a fixação da guarda dos filhos.

Acaso a separação judicial fosse culpa de ambos os cônjuges, o juiz daria a guarda dos filhos menores à genitora. Mas, se verificasse possível prejuízo moral aos filhos, poderia o magistrado designar como guardião uma pessoa da família dos cônjuges²⁶. O entendimento baseado na culpa já foi superado pelo sistema jurídico vigente.

A redação original do Código Civil vigente dispunha expressamente que caberia aos cônjuges a decisão acerca da guarda dos filhos, o que ia ao encontro da proteção da criança e do adolescente prevista pela Lei nº 8.069 de 1990.

Ainda previa que, na falta de acordo entre os cônjuges e ausentes condições de cuidado com os filhos, a guarda poderia ser atribuída a uma pessoa com grau de parentesco próximo e vínculo afetivo com a criança ou o adolescente.

Tal situação ainda é comum no Poder Judiciário, porque em alguns casos os pais não podem exercer a guarda de seus filhos e, a fim de mantê-los no ambiente familiar, procura-se pessoas da família para exercer a guarda.

No Direito de Família, considerando todos os princípios que o regulam, busca-se sempre a manutenção dos vínculos afetivos e familiares entre os genitores e seus filhos. Também devem ser incentivadas as relações entre irmãos que não nasceram no mesmo núcleo familiar.

²⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 1317.

A regra do ordenamento jurídico brasileiro é preservar a convivência das crianças e dos adolescentes no seio de sua família, como prevê expressamente o Estatuto da Criança e do Adolescente²⁷. Apenas em casos excepcionais, os filhos serão privados da convivência com seus genitores.

No âmbito do Direito de Família, as questões que envolvem a guarda sempre seguem o mesmo princípio: o melhor interesse do menor.

Com base nesse princípio, até mesmo a guarda fática, se oferecer melhores condições à vida da criança e do adolescente, poderá ser definitiva. O Enunciado nº 334 do CJF/STJ da IV Jornada de Direito Civil diz: “A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse”.

E era justamente o princípio do melhor interesse, ou das melhores condições, que balizava a guarda unilateral como a forma de manter o bem-estar dos filhos. Porém, em 2008, a Lei nº 11.698 alterou substancialmente o Código Civil de 2002 e instituiu pela primeira vez a guarda compartilhada.

Também é objetivo da nova orientação colocar os ex-cônjuges, relativamente aos filhos menores, em situação de perfeita igualdade, em oposição à antiga prática, em que a mãe parecia se beneficiar pela preferência do Judiciário²⁸.

Fato é que a guarda compartilhada, então novidade, não se tornou instituto simples e aplicado de plano. A guarda unilateral era a regra. As separações litigiosas eram a regra.

A redação do § 2º do artigo 1.584 alterada pela Lei nº 11.698 de 2008 era a seguinte: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Ocorre que a expressão “sempre que possível” foi interpretada erroneamente no sentido de que o compartilhamento da guarda somente seria possível mediante acordo dos genitores²⁹.

²⁷ BRASIL. Lei nº 8.069 de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

²⁸ BARBOSA, Águeda Arruda. Guarda compartilhada e mediação família – uma parceria necessária. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, ano I, nº 1, jul./ago. 2014, p. 24.

Por causa dessa interpretação equivocada, mesmo já sendo prevista desde a Lei nº 11.698 de 2008, a aplicabilidade da guarda compartilhada não era eficaz.

Madaleno explica:

Quando os pais vivem separados tende a se acentuar o exercício unilateral do poder familiar, que geralmente é exercido por aquele progenitor que convive com o filho em uma residência habitual e mais distante se achará o outro genitor se, por exemplo, os pais nunca foram casados, nunca coabitaram ou porque jamais formaram uma família estável. Foi justamente em decorrência da cessação da convivência dos pais que, embora a interrupção da coabitação não devesse obstruir o exercício das responsabilidades parentais que eles adquiriram no momento em que se estabeleceu a relação de filiação e porque suas obrigações continuam para adiante do divórcio do casal, os pais afastados dos filhos pela imposição do sistema de custódia unilateral começaram a reivindicar o exercício conjunto da guarda.³⁰

E para tornar a guarda compartilhada um assunto de interesse dos genitores adveio a Lei nº 13.058 de 2014, devolvendo, especialmente ao genitor não-guardião, a perspectiva de retomar as relações afetivas com os filhos que estão sob a guarda unilateral do ex-cônjuge.

4.1 A nova lei da guarda compartilhada

A Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, que alterou a redação dos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, estabeleceu o significado de guarda compartilhada e dispôs sobre sua aplicação, transmitiu a guarda compartilhada da esfera de possibilidade à de aplicação obrigatória. Finalmente, a vida dos filhos poderá ser, na prática, compartilhada pelos genitores.

Ao abordar este ponto, o doutrinador Conrado Paulino da Rosa afirma que o compartilhamento da guarda passou a ser a regra geral nos litígios familiares e que a nova legislação esclareceu o verdadeiro significado deste compartilhamento³¹.

O que se pode extrair das alterações realizadas pela Nova Lei da Guarda Compartilhada é a finalidade principal de conservar a convivência com ambos os genitores, o que, em tese, contribuirá diretamente para o melhor interesse do menor.

²⁹ ROSA, Conrado Paulino da. Curso de direito de família contemporâneo. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 331.

³⁰ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada: física e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 148.

³¹ ROSA, Conrado Paulino da. Curso de direito de família contemporâneo. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 333.

Portanto, como anteriormente explanado, o princípio das melhores condições do menor é fundamental na regulação das relações familiares, o que ficou bem evidente no texto da nova redação do artigo 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”.

Acompanhando essa regra, nota-se que, mesmo sendo o instituto da guarda compartilhada a nova regra do Direito de Família brasileiro, os interesses dos filhos ainda são superiores à sua fixação.

Ou seja, em regra, será proposta a guarda compartilhada. Porém, sendo caso de inviabilidade fática ou de condições prejudiciais aos interesses da criança ou do adolescente, o compartilhamento da guarda não será aplicado de imediato.

O que se pretendeu com as modificações legislativas recentes foi demonstrar aos genitores que é possível chegar-se a um consenso sobre a guarda dos filhos em comum, para preservar as relações pré-existentes ao término do relacionamento conjugal. Além disso, o compartilhamento da guarda significa também a participação em conjunto nos atos da vida dos filhos.

Sobre a origem da guarda compartilhada:

A guarda compartilhada tem sua origem no direito anglo-saxão, que concebe diante da ruptura conjugal a convivência dos filhos de duas formas diferentes; uma delas denominada *sole legal custody*, correspondente à guarda unilateral ou exclusiva, atribuída a um dos genitores, e a outra é a *joint custody*, custódia compartilhada, cujo regime, por seu turno, admite duas outras modalidades: a *joint legal custody*, pela qual, ambos os progenitores adotam decisões conjuntas sobre assuntos relevantes dos filhos e que afetam a vida do menor, independentemente de onde tenha sido estabelecida a residência da criança, que pode conviver somente com um dos progenitores; e a *joint physical custody*, a custódia compartilhada física, e pela qual os filhos residem com ambos os pais, mediante a repartição por períodos de tempo sucessivo de convivência.³²

Apesar das relevantes modificações legislativas, a Lei nº 13.058 de 2014 não é um manual da guarda compartilhada. Ou seja, é na prática que os pais poderão decidir qual será a melhor forma de compartilhar a vida de seus filhos.

Mônica Guazzelli diz que a inserção da guarda compartilhada na rotina de pais separados vai dar trabalho, porque terão de aprender a viver essa nova modalidade;

³² GALLARDO, Bernardo Cruz apud MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada: física e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 183.

assim como os profissionais envolvidos, que terão de aprender e auxiliar os pais na conquista do “aprendizado do compartilhamento”³³.

A nova redação dos dispositivos da guarda compartilhada no Código Civil frisa que esta modalidade será aplicada mesmo se não houver acordo entre os genitores, quando ambos estiverem aptos a exercê-la.

Colaciona-se o referido texto legal:

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

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

A guarda compartilhada faz com que os pais sejam mais presentes na vida dos filhos, provocando a gama de responsabilidades e democratização de sentimentos. Os laços afetivos são estreitados, as consequências da separação são mitigadas, e os pais podem permanecer desenvolvendo a função parental de maneira idêntica. Ao compartilhar a guarda, afasta-se a ideia de posse e permite-se a continuidade da relação com os filhos³⁴.

Tornando a guarda compartilhada a nova regra do Direito de Família, a Lei nº 13.058/2014 representa um avanço legislativo no tratamento das relações litigiosas que envolvem a disputa pela guarda dos filhos do ex-casal.

A lei veio como um estímulo ao exercício sadio da relação por parte dos ex-cônjuges em prol das crianças e dos adolescentes, como uma proposta de olhar-se para o futuro dos filhos, deixando os conflitos do casal de vez no passado.

4.2 Características

O conceito do instituto da guarda compartilhada já está bem definido no ordenamento jurídico brasileiro. Resta claro que foram as alterações sociais que o moldaram no decorrer do tempo.

Entretanto, as suas características não são elencadas de forma expressa, pois a guarda pressupõe o envolvimento de questões mais subjetivas. A legislação não

³³ GUAZZELLI, Mônica. A Nova Lei da Guarda Compartilhada. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, ano I, nº 04, jan./fev. 2015, p. 13.

³⁴ GONÇALVES, Regina Célia Lemos. Mediação na Guarda Compartilhada. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, ano I, nº 12, jul./ago. 2014, p. 88.

esclarece o que são características da guarda compartilhada, mas indica os fatores em que deve se basear.

Há que se afastar a ideia de guarda alternada, ainda muito confundida com a guarda compartilhada:

Na guarda alternada, os pais terão a guarda (fática e jurídica) da criança/adolescente alternadamente, isto é, o filho fica sob a custódia de um dos pais por determinado período e depois sob a custódia do outro, o que representa uma guarda exclusiva, mas alternada. [...] Na compartilhada, a guarda jurídica é de ambos os genitores, podendo a guarda física ser alternada. Todavia, isso não significa que a criança terá de residir com um e com o outro genitor, podendo morar apenas com um deles, onde será sua residência habitual, mas convivendo com o outro de forma ampla e mais assídua do que o “direito de visitas” geralmente estabelece.³⁵

Analisando o texto legal - art. 1.583, §§ 1º e 2º, Código Civil³⁶, pode-se extrair que são características da guarda compartilhada a responsabilização conjunta dos pais, a qual está relacionada aos direitos e deveres dos genitores oriundos do poder familiar; e o tempo de convívio dos filhos de forma equilibrada com ambos os genitores, o que está vinculado às condições fáticas e ao melhor interesse da criança ou do adolescente.

A característica principal desta modalidade de guarda é o compartilhamento. A partir dele é que se tem os demais elementos. Para compreender o que caracteriza a guarda compartilhada, é preciso ter entendido o que ela significa.

Compartilhar a guarda é o modo de garantir a corresponsabilidade parental; a participação no processo de desenvolvimento dos filhos; a preservação do vínculo familiar e do afeto³⁷.

Conrado Paulo Rosa cita firme explicação de Rolf Madaleno:

A guarda compartilhada procura fazer com que os pais, apesar de sua separação pessoal e da sua moradia em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela formação, criação, educação e manutenção de seus filhos, seguindo responsáveis pela integral formação da prole, ainda que separados, obrigando-se a realizarem, da melhor maneira possível, suas funções parentais. O exercício dual da custódia considera a possibilidade de

³⁵ GUAZZELLI, Mônica. A Nova Lei da Guarda Compartilhada. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, ano I, nº 04, jan./fev. 2015, p. 7-8.

³⁶ BRASIL. Lei nº 10.406 de 2002. Código Civil. Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. § 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: [...]

³⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 443.

os pais seguirem exercendo da mesma maneira o poder familiar, tal como ocorria enquanto coabitavam, correpartindo a responsabilidade que têm no exercício das suas funções parentais e na tomada das decisões relativas aos filhos.³⁸

Dentro desse contexto, foi também a alteração do artigo 1.634 do Código Civil, realizada pela Lei nº 13.058 de 2014: “Compete a ambos os pais, *qualquer que seja a sua situação conjugal*, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos”.

Ou seja, uma das características da guarda compartilhada é manter ativo o poder familiar de ambos os genitores, mesmo após a dissolução do núcleo familiar, de modo que possam ter controle sobre a vida dos filhos de forma igualitária e sobre ela tomar decisões em conjunto.

Não importa a convivência em separado dos progenitores, mas importa que seja mantida a convivência entre a mãe e os filhos e o pai e os filhos.

O compartilhamento da guarda é a organização estabelecida após a separação dos genitores, no zelo e proteção da prole comum, quando ambos detêm a guarda jurídica, o que garante a proximidade física, a divisão dos encargos e a participação equitativa dos pais na tomada das decisões relativas à vida da criança ou do adolescente³⁹.

Guarda compartilhada é a pluralização das responsabilidades e o exercício conjunto dos direitos e deveres⁴⁰. É colocar o melhor interesse dos filhos acima dos conflitos conjugais e fazer-se presente a cada nova fase de seu desenvolvimento, mantendo vivas as referências das figuras paterna e materna.

Os pressupostos da guarda compartilhada são⁴¹: afinidade; boa relação entre os progenitores; respeito aos períodos de tempo dos pais; proximidade geográfica; conciliação da vida profissional e familiar; fator físico; e figura primária de referência.

Todos esses pressupostos são conexos aos princípios do Direito de Família e aos objetivos do instituto da guarda compartilhada.

³⁸ MADALENO, Rolf apud ROSA, Conrado Paulino da. Curso de direito de família contemporâneo. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 336.

³⁹ GUAZZELLI, Mônica. A Nova Lei da Guarda Compartilhada. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, ano I, nº 04, jan./fev. 2015, p. 8-9.

⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 443.

⁴¹ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada: física e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 195-205.

A afinidade é a demonstração por parte dos pais de que desejam ter interesses afins aos dos filhos e participar da vida destes. A boa relação entre os progenitores é justamente para retirar dos filhos o trauma causado pelo litígio, mostrando que os pais ainda compartilham os acontecimentos da vida da criança e do adolescente. O respeito aos períodos de tempo dos pais é para manutenção da boa relação entre estes, evitando usar os filhos como objeto de novas discussões. A proximidade geográfica serve para não causar grandes mudanças na rotina dos filhos, tornando possível que o mesmo frequente com naturalidade o lar de ambos os progenitores. A conciliação da vida profissional e familiar tem como fim estar presente mesmo com o término da entidade familiar, ligada ao fator físico. A figura de referência é deixar os filhos à vontade para falar de um genitor com o outro, podendo a criança ou o adolescente ver ambos como exemplos a serem seguidos.

Analisando-se as disposições legais da guarda compartilhada e os princípios gerais do Direito de Família, percebe-se que as características do compartilhamento da guarda são oriundas da sua própria definição, porque esta modalidade tem como objetivo principal manter o melhor interesse da criança e do adolescente no centro da relação pós-separação conjugal e, com isso, preservar vínculo e o afeto com as figuras paterna e materna.

4.2.1 Fixação frente ao litígio entre os genitores

Como repetidamente explanado, uma das mudanças substanciais na redação dos artigos que regulam a guarda compartilhada foi a instituição desta modalidade mesmo “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho” (art. 1.584, § 2º, Código Civil).

Desse trecho, surgiram as mais variadas discussões. Ao impor-se a guarda compartilhada como regra, com a finalidade de os filhos permanecerem sob o poder de ambos os genitores e, assim, estes compartilharem a vida daqueles, a fixação da guarda compartilhada nos casos de grande conflito parece ir de encontro a ideia de convivência harmônica e sadia. Não pode a guarda compartilhada ser obrigatória e os pais a cumprirem sem vontade de manutenção do convívio.

Neste ponto, vale lembrar que o fim do casamento ou de uma união estável não gera o fim da relação parental já existente entre os ex-cônjuges e seus filhos em

comum. É a filiação que cria o poder familiar, o qual se estende mesmo quando não mais exercido em conjunto pelos pais no mesmo lar. A Nova Lei da Guarda Compartilhada pretende demonstrar que não pode o término da entidade familiar afetar o papel de pai e de mãe assumido pelo ex-casal.

A frequência de conflitos também foi um fator social que contribuiu para a instituição de novas normas sobre a guarda compartilhada. Apesar da intenção do legislador de tornar regra a guarda compartilhada, somente com análise do caso concreto é que o Poder Judiciário poderá decidir se esta modalidade será a solução. Mas, o próprio texto legal fez constar que se um dos genitores declarar ao juiz que não quer a guarda do filho, não será fixada a modalidade compartilhada.

Nessa questão, o advento do Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105 de 2015 pode ser um aliado ao incentivo da guarda compartilhada. O novo diploma processual inovou com o sistema da mediação e da conciliação.

Atente-se à relevante exposição de Regina Célia Lemos Gonçalves⁴²:

A melhor forma de se alcançar um consenso em relação a como compartilhar a guarda seria por meio da mediação, um meio alternativo de resolução dos conflitos. Nela as partes podem eleger um mediador para auxiliá-los a atingir uma conclusão célere e menos dolorosa do que aquela buscada em um processo judicial, que provoca desgaste emocional e tem um custo maior. Podendo ser utilizada uma equipe multidisciplinar no decorrer da mediação.

Na prática, uma decisão do Poder Judiciário:

A convivência do pai com a filha é direito desta mostrando-se adequado que ambos os pais compartilhem as decisões relativas à menina. Nos termos do art. 1.584, §2º, CC, mesmo quando não houver acordo entre os genitores quanto à guarda da filha, encontrando-se ambos aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada. Diante da disponibilidade da parte, amplia-se o convívio familiar.⁴³

O compartilhamento da guarda vai além da preservação do poder familiar, é um direito dos filhos permanecer em convívio com ambos os genitores, com o intuito de manter os laços afetivos e a afinidade com estes.

⁴² GONÇALVES, Regina Célia Lemos. Mediação na Guarda Compartilhada. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, ano I, nº 12, jul./ago. 2014, p. 91.

⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70066453358. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em: 12 nov. 2015, Publicado em: 17 nov. 2015.

Águida Arruda Barbosa⁴⁴ comenta que “a guarda compartilhada não tem um modelo universal que serve para qualquer família, mas, para a sua eficácia, precisa corresponder às diferenças de cada relação familiar, em sua especificidade”.

A verdade é que o litígio do ex-casal não deveria interferir na definição da guarda, entretanto, em muitas vezes, um dos genitores formula o pedido de guarda com o objetivo de ferir o outro.

Acompanhando a proposta de compartilhar a guarda, está a ideia de afastar a classificação de “visitante” do genitor não-guardião.

É claro que as questões do Direito de Família têm que passar pela apreciação do Poder Judiciário, justamente por envolverem tópicos subjetivos e tratarem de variados problemas, que certas vezes não contam com previsões legais objetivas.

Conrado Paulino da Rosa bem aponta que “não há como esperar cooperação em uma ação de caráter litigioso. Se houvesse bom senso, por certo o Judiciário nem seria chamado. Condicionar a guarda compartilhada ao acordo é, no mínimo, uma atitude temerária que estimula o conflito”⁴⁵.

Portanto, o litígio não é impedimento à fixação da guarda compartilhada. Pelo contrário, esta modalidade pode facilitar o entendimento dos genitores que, para proteger o melhor interesse dos filhos, podem chegar a um consenso.

4.2.2 O direito e a convivência com os genitores

A convivência com os genitores foi uma forte influência na instituição da guarda compartilhada. Quando se constitui a família, os filhos convivem diariamente com seus genitores. Porém, com o fim da entidade familiar, há repentina interrupção daquele convívio diário, o que dificulta a aceitação por parte das crianças e dos adolescentes.

A necessidade de mudanças das normas que regulam a guarda surgiu diante dos efeitos negativos que a guarda unilateral gerava. Nesta modalidade, a guarda jurídica e física era integralmente de um dos genitores, restando ao outro o direito de visitas durante períodos previamente estabelecidos.

⁴⁴ BARBOSA, Águida Arruda. Guarda Compartilhada – Regra – Ampliação do Convívio. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, ano I, nº 12, jul./ago. 2014, p. 181.

⁴⁵ ROSA, Conrado Paulino da. Curso de direito de família contemporâneo. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 340.

A guarda unilateral, na prática, facilita a alienação parental e afasta os filhos do genitor não-guardião. Os pais são as pessoas de referência na vida dos filhos e exercem importante papel na sua criação e na sua formação.

Em relação à esta matéria:

O critério da figura primária de referência é neutro, porém, como na sociedade geralmente ainda compete às mães o cuidado dos filhos pequenos, é natural que a guarda seja deferida para elas, mas nada impede que um pai zeloso e que se ocupava desta função, enquanto a família vivia unida, acabe ficando com a guarda dos seus filhos, na medida em que a continuidade e estabilidade das relações da criança é o que se busca proteger com a utilização deste critério prático e funcional, de molde a atenuar os nefastos efeitos decorrentes da separação conjugal.⁴⁶

Assim, a guarda compartilhada adveio no sentido de, principalmente, ampliar os direitos do genitor não-guardião perante seus filhos. O direito de visitas restringia-se à acordo pré-estabelecido com o genitor guardião.

Tal instituto cria obstáculos na relação parental, porque, como regra, o direito de visitas é exercício somente de quinze em quinze dias.

Para crianças muito novas, por exemplo, esse período significa muito tempo longe de um dos genitores. E, com isso, dificulta o costume na convivência, pois em quinze dias muita coisa se passa na vida de uma criança, ficando o genitor não-guardião desatualizado acerca da rotina de seus filhos.

Nas separações, é preciso evitar a ideia de que o genitor não-guardião foi excluído da vida dos filhos. Para isso é que a guarda compartilhada modificou a forma de convívio dos genitores.

Com a guarda compartilhada, juridicamente, o que se quis foi equilibrar o tempo de permanência das crianças e dos adolescentes com cada genitor. E a nova redação foi mais além, determinou que o compartilhamento da guarda deve ser aplicado mesmo com a falta de consenso dos genitores.

Ou seja, não importam os motivos que levaram o casal a romper o vínculo conjugal, mas sim que ambos possam conviver com os filhos em comum e exercer sobre eles os seus deveres e direitos.

Com alteração da Lei nº 13.058 de 2014, no Código Civil brasileiro passou a constar sobre o exercício do dever de vigilância, atribuição do poder familiar. O que

⁴⁶ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada: física e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 93.

se tinha, regularmente, com a guarda unilateral era a nomeação documental do guardião físico como responsável pelos atos em geral da vida da criança ou do adolescente.

Assim, a título de exemplo, diante de um problema na escola ou um problema de saúde sempre se buscava aquele genitor judicialmente definido como o guardião. O exercício do dever de vigilância, como disposição legal, reinsere o genitor não-guardião como responsável pelas questões da vida dos filhos.

A convivência com os genitores é direito dos filhos. É inerente ao princípio da proteção integral. É necessário que se estabeleçam formas de convivência, pois não há proteção possível com a exclusão do outro genitor⁴⁷.

Todas as decisões significativas da vida da prole, como eleição da escola, atividades extracurriculares, questões a respeito da saúde e bem-estar, deverão ser repassadas e decididas por ambos os genitores⁴⁸.

Dessa forma, a convivência dos filhos com os pais que já não residem mais juntos é um requisito essencial e o principal objetivo do compartilhamento da guarda no Direito de Família brasileiro.

4.2.3 Prestação alimentícia e sua fixação

O dever de prestar alimentos aos filhos é de ambos os progenitores.

Dentro do núcleo familiar, esta obrigação é cumprida de forma natural, pois quando o casal exerce conjuntamente a guarda dos filhos, automaticamente supre as necessidades para sua sobrevivência. Normalmente, quando os pais têm rendas, contribuem de forma igual para prover o sustento dos filhos.

Os alimentos, apesar de assim nominados, abrangem a moradia, a alimentação, a educação, a saúde, o lazer, o vestuário, a higiene, o transporte e a assistência em geral.

Como a regra do Direito Civil, antes de surgir a guarda compartilhada, era a guarda unilateral, o dever de prestar alimentos nos casos de separação do casal era sempre do genitor não-guardião.

⁴⁷ BRUNO, Denise Duarte apud DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 448.

⁴⁸ ROSA, Conrado Paulino da. Curso de direito de família contemporâneo. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 335.

Apesar das diferenças das guardas unilateral e compartilhada, em ambas os alimentos sempre devem ser compartilhados.

A prestação alimentícia ainda é muito discutida no âmbito do Poder Judiciário, porque se sabe que o valor estabelecido para pagamento mensal muitas vezes não representa aquilo que, de fato, se despende para o sustento de uma criança ou de um adolescente.

Em regra, os alimentos devem ser fixados em um patamar que respeite a possibilidade de quem os paga e observe a necessidade de quem os recebe. Muito se discute em relação ao quanto o alimentado teria acesso se não houve a ruptura do núcleo familiar.

Por óbvio que dividir os gastos dos filhos quando os pais ainda convivem como um casal, no mesmo lar, é mais justo. A prestação de alimentos por parte do genitor não-guardião raramente representa o valor real das despesas mensais com seus filhos. Às vezes o genitor não guardião até já tem nova família que dele depende.

Frequentemente, o pedido de alimentos também é usado por um dos ex-cônjuges como ferramenta de punição ao término do relacionamento, como, por exemplo, quando se pleiteia valor excessivo.

O doutrinador Flávio Tartuce leciona:

O pagamento desses alimentos visa à pacificação social, estando amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, ambos de índole constitucional. No plano conceitual e em sentido amplo, os alimentos devem compreender as necessidades vitais da pessoa, cujo objetivo é a manutenção da sua dignidade: a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação, entre outros. Em suma, os alimentos devem ser concebidos dentro da ideia de patrimônio mínimo.⁴⁹

Isto é, o dever alimentar continua sendo de ambos os pais, independentemente de quem vir a se tornar o guardião legal após a dissolução do núcleo familiar.

A Nova Lei da Guarda Compartilhada não trouxe modificações nesse sentido. Para decidir judicialmente a quem incumbirá a obrigação de pagar alimentos, observa-se a determinação da base de moradia. Com isso, ao genitor que não exercer a custódia física da prole, caberá a obrigação⁵⁰.

⁴⁹ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 1418-1419.

⁵⁰ ROSA, Conrado Paulino da. Curso de direito de família contemporâneo. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 343.

E, como já ocorria antes da Lei nº 13.058 de 2014, o progenitor que obter a guarda física dos filhos, suprirá as necessidades destes de forma direta, através da manutenção do lar.

Como as condições econômicas dos genitores podem ser muito diferentes, por vezes a não cooperação do outro pode onerar demasiadamente o genitor guardião.

Quando o menor está sob a guarda de um dos genitores, independentemente do exercício do poder familiar ser ou não conjunto, cabe a quem não tiver o menor consigo o dever de pagar alimentos. Qualquer decisão em contrário a esse princípio básico do direito estaria infringindo o interesse do menor de ser alimentado⁵¹.

Ocorre que, com a nova regra de fixação da guarda compartilhada, surgiu a questão de que os alimentos não seriam mais devidos da mesma forma. Mas, na verdade, a modalidade da guarda não afasta o dever de prestar alimentos. A obrigação dos genitores de prover o sustento dos filhos começa na gestação, desde a fase de nascituro.

Claro que, no convívio como uma entidade familiar, esse dever é tão natural que não há qualquer discussão acerca das despesas necessárias à manutenção da prole. Os pais organizam-se para ter condições financeiras de sustentar a família.

Então, teoricamente, não deveria haver qualquer óbice por parte de um dos genitores quanto à continuação da ajuda econômica dos filhos, mesmo quando estes já não estão mais sob a sua guarda.

Maria Berenice Dias é clara:

A guarda compartilhada não impede a fixação de alimentos, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho, e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião.⁵²

O conjunto de mudanças ocorridas em razão da separação dos pais não é um sinônimo de fim das obrigações perante os filhos em comum.

Assim sendo, em relação aos alimentos, as questões que precisam ser discutidas no momento da fixação da guarda compartilhada ainda são as mesmas, e a única diferença é definir qual será a base de domicílio do filho, para então restar estabelecido quem será o devedor dos alimentos.

⁵¹ GOZZO, Débora. Guarda Compartilhada e Alimentos. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, ano I, nº 04, jan./fev. 2015, p. 149.

⁵² DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 445.

4.2.4 Os impactos da aplicação da guarda compartilhada no desenvolvimento do menor

Desde o surgimento do instituto da guarda compartilhada, instauraram-se muitas discussões acerca dos efeitos práticos e da viabilidade de sua fixação diante dos conflitos oriundos de uma separação.

Sobre essa modalidade, que se tornou obrigatória, a doutrina ainda aponta questões negativas.

O autor Flávio Tartuce⁵³ aponta como problema a substituição do § 2º do artigo 1.583, que, no texto dado pela Lei nº 11.698 de 2008 previa:

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

- I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II – saúde e segurança;
- III – educação.

Hoje, o dispositivo prevê o seguinte: “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”.

Para o doutrinador em comento, os critérios dos incisos I a III do antigo § 2º do artigo 1.583 eram determinantes para a guarda unilateral, razão por que defende que seria importante terem sido mantidos para a fixação da guarda compartilhada. Os referidos incisos foram revogados pela Lei nº 13.058 de 2014.

De fato, os elementos suprimidos da legislação não seriam impeditivos à guarda compartilhada, pois são de interesse dos filhos.

Outro ponto negativo na opinião de Flávio Tartuce, também comparando a velha redação:

Com a Lei 13.058/2014 passou-se a estabelecer que “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”. Mais uma vez a confusão entre guarda compartilhada e alternada fica clara, pois se reconhece a viabilidade de o filho residir em lares e cidades distintas, ao se considerar uma cidade como *base da moradia*.⁵⁴

⁵³ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 1320-1321.

⁵⁴ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 1321.

A intenção do legislador, com a Lei nº 13.058 de 2014, foi beneficiar os filhos e os pais mesmo num momento tão difícil como a dissolução da entidade familiar. O compartilhamento da guarda é o próprio compartilhamento da vida dos filhos.

Águida Arruda Barbosa relata o comportamento de um magistrado ao decidir um caso prático:

[...] um juiz de Vara de família, que não sentiu segurança em homologar acordo que contemplava regulamentação de guarda compartilhada, visto que, em relação a alimentos e partilha de bens, os cônjuges mantinham arraigado litígio. Propôs, então, um período de experiência de três meses, designando audiência para que pudessem relatar os efeitos da coparentalidade, trazendo, eventualmente, sugestões de mudanças no sistema escolhido, pendente de homologação.⁵⁵

A autora conclui o relato contando que, após mais duas audiências, o empenho dos pais de investir no vínculo paterno/materno/filial possibilitou que o juiz moldasse um acordo compatível com aquele caso.

Diante disso, vê-se que os impactos da guarda compartilhada na vida das crianças e dos adolescentes não podem ser genericamente arrolados, porquanto a instituição dessa modalidade vai depender do conjunto fático de cada entidade familiar.

Ana Maria Milano Silva⁵⁶ até mesmo destaca que o maior argumento levantado contra a guarda compartilhada é o de que:

[...] ela só funciona quando pais e mães se entendem, e quando as desinteligências e desencontros pessoais acontecem, nada pode ser feito entre casais amargos, traumatizados por longos e dolorosos processos judiciais e que não conseguem conversar amistosamente sobre os problemas dos seus filhos.

Nesses casos, insistir na guarda compartilhada pode prejudicar ainda mais a vida dos filhos após a separação dos pais.

Vale citar que, Conrado Paulino da Rosa⁵⁷, positivamente, define a guarda compartilhada como uma ferramenta eficaz de prevenção à prática da alienação parental, porque, por meio dela, a criança e o adolescente mantêm-se em contato frequente com ambos os genitores, e isso evita a monopolização dos filhos,

⁵⁵ BARBOSA, Águida Arruda. Guarda compartilhada e mediação família – uma parceria necessária. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, ano I, nº 1, jul./ago. 2014, p. 31.

⁵⁶ SILVA, Ana Maria Milano apud MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada: física e jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 261.

⁵⁷ ROSA, Conrado Paulino da. Curso de direito de família contemporâneo. Salvador: JusPODVIM, 2016, p. 344.

dificultando que o guardião se utilize da convivência exclusiva para transmitir ideias ruins sobre o outro genitor.

A alienação parental é um grave impacto sofrido pela criança ou pelo adolescente quando envolvido nos litígios familiares.

Os processos que tratam das separações trazem à tona os sentimentos negativos experimentados pelas partes que culminaram na decisão de término do relacionamento conjugal.

Apesar dos conflitos serem criados pelo ex-casal, são os seus filhos que sofrem as consequências, porque causa extrema influência no desenvolvimento de uma criança ou de um adolescente fazer parte de discussões judiciais utilizadas como um instrumento para ferir o (a) ex-cônjuge.

Antes, quando o texto da lei dizia que a guarda compartilhada deveria ser definida “sempre que possível”, havendo litígio entre os progenitores, de plano a ideia desta modalidade era afastada. Ou seja, adaptava-se a guarda com base na realidade fática.

Hoje, o que se pode extrair da redação atual do Código Civil, é que a guarda compartilhada será a regra e, com isso, o ex-casal é que deverá se adaptar à fixação deste instituto.

A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não o interesse egoísta dos pais⁵⁸.

Adotando esse raciocínio, e levando-se em conta as características da guarda compartilhada, é possível vê-la como um instituto que dificulta ao genitor guardião adotar a conduta de alienador da relação dos filhos com o outro genitor.

Definitivamente, o compartilhamento da vida dos filhos por parte de ambos os pais é um acerto da nova legislação, mas é fundamental que os genitores saibam usufruir da novel regra e tornar a modalidade da guarda compartilhada o mais natural possível para os seus filhos.

E, assim, ao preservar o contato com ambos os progenitores, a guarda compartilhada mantém os melhores interesses da criança e do adolescente como foco principal.

⁵⁸ MADALENO, Rolf. Direito de família em pauta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 92 apud TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: direito de família. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 210-211.

5 CONCLUSÃO

O Direito de Família se molda à medida que a sociedade evolui e as relações parentais se modificam. Nesse ramo, as regras legais não são limitadas, pois cada caso demanda uma forma diferente de interpretação.

Na prática, nem sempre os conflitos familiares se resolvem exatamente como preveem os dispositivos legais.

Tendo como base essa realidade, o foco central do trabalho monográfico foi revisar a legislação e a bibliografia que abordam a guarda compartilhada, com o fim de concluir sobre a evolução deste instituto no direito brasileiro.

Para tornar isso possível, foi imprescindível discutir os conceitos antigos e as espécies atuais de família, os princípios do Direito de Família, a transformação do pátrio poder em poder familiar, os deveres dos genitores, os direitos dos filhos e os tipos de guarda exercidos sobre estes, até, finalmente, chegar na questão principal: a evolução do instituto da guarda compartilhada na Lei nº 13.058 de 2014.

Esse ponto abrangeu o exame da nova lei da guarda compartilhada; as características desta modalidade; a forma de fixá-la quando há litígio; a maneira de preservar a convivência com os genitores; a prestação alimentícia; e os impactos da sua aplicação no desenvolvimento da criança e do adolescente.

No ordenamento jurídico pátrio, a guarda compartilhada tornou-se obrigatória, só não sendo estabelecida quando for inviável e prejudicial ao menor.

Os genitores são os detentores do poder familiar e, conseqüentemente, tem o direito de permanecer exercendo-o até que cesse a menoridade dos filhos. Portanto, o fim do vínculo entre os pais não é motivo para o fim da relação de cada um com os filhos em comum.

Infelizmente, ainda não é corriqueiro que os genitores consigam desvincular a convivência de seus filhos com seu ou sua ex-companheiro (a) dos problemas que levaram ao rompimento da relação conjugal. Essa situação, muitas vezes, dificulta o procedimento de fixação da guarda e torna o processo doloroso para o menor.

Ademais, incumbe ao Poder Judiciário, representado na pessoa do magistrado, decidir, diante do que for exposto pelos genitores, qual será o tipo de guarda que irá, de fato, proteger o bem-estar da criança e do adolescente.

Sendo assim, os pais precisam colocar o interesse de seus filhos acima dos problemas que culminaram no término da relação conjugal.

As alterações legislativas impostas pelo advento da Lei nº 13.058 de 2014, determinaram que o magistrado deverá priorizar a Guarda Compartilhada e, quando não houver consenso ou harmonia entre os genitores, incentivá-los a aceitar que o instituto da guarda compartilhada preserva o melhor interesse dos seus filhos.

Observando de modo conjunto as mudanças históricas do conceito de família e do poder familiar, a evolução legislativa no Direito de Família e os princípios que o regem, pode-se concluir que a instituição da Guarda Compartilhada foi uma medida necessária para acompanhar as transformações sociais.

Enfim, o objetivo da criação da Nova Lei da Guarda Compartilhada foi colocar o interesse das crianças e dos adolescentes acima das causas dos conflitos entre os genitores, e, igualmente, manter a convivência e o vínculo pré-existentes a ruptura do núcleo familiar.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Zamira de; RIBEIRO, Weslley Carlos. A base principiológica do melhor interesse da criança: apontamentos para análise da (im)propriedade da expressão “guarda de filhos” quando do rompimento da conjugalidade dos genitores. Revista IOB de Direito de Família, v. 71, abr/maio 2012.

BARBOSA, Águida Arruda. Guarda compartilhada e mediação família – uma parceria necessária. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, ano I, nº 1, jul./ago. 2014.

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

_____. 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: Senado Federal, 13 jul. 1990.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Senado Federal, 10 jan. 2002.

_____. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília, DF: Senado Federal, 22 dez. 2014.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 9. ed. rev., atual e ampl. De acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visitas dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. v. 7. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v. 5, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Regina Célia Lemos. Mediação na Guarda Compartilhada. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, ano I, nº 12, jul./ago. 2014.

GOZZO, Débora. Guarda Compartilhada e Alimentos. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões, ano I, nº 04, jan./fev. 2015.

GUAZZELLI, Mônica. A Nova Lei da Guarda Compartilhada. In: Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Magister, 2014. Ano I, Nº 04, jan/fev. 2015.

IBIAS, Delma Silveira. Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais. Porto Alegre: IBDFAM/RS, Letra e Vida, 2012.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____, Rafael; MADALENO, Rolf. Guarda compartilhada: física e jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de família. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

_____, Conrado Paulino da. Curso de direito de família contemporâneo. Salvador: JusPODVIM, 2016.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: direito de família. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

_____, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. v. 6. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.