

CURSO DE DIREITO

Angela Rejane Guidolin Newlands

**GUARDA COMPARTILHADA: CONDIÇÕES E (IM)POSSIBILIDADES DE SUA
IMPOSIÇÃO**

Santa Cruz do Sul
2015

Angela Rejane Guidolin Newlands

**GUARDA COMPARTILHADA: CONDIÇÕES E (IM)POSSIBILIDADE DE
SUA IMPOSIÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso,
modalidade monografia, apresentada ao
Curso de Direito da
Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto
Orientador

Santa Cruz do Sul
2015

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE

CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender ao disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus 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 Angela Rejane Guidolin Newlands adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul – RS, 03 de novembro de 2015.

Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto
Orientador

Ao meu marido e meus filhos, por todo apoio que recebi.

É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se aos pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.

(ROOSEVELT, Theodore)

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer ao meu querido e amado marido, Geraldo Haiml Newlands, que me apoiou durante toda esta jornada, depositando toda confiança em minha pessoa. Outrossim, dedico aqui algumas palavras em tom de agradecimento aos meus filhos que sempre se mostraram dispostos a me auxiliar nesta árdua batalha.

Aproveito a oportunidade para agradecer, ainda, aos Mestres, aos colegas do Curso de Direito da UNISC Santa Cruz do Sul, a todos os funcionários do referido estabelecimento educacional, não só pelos ensinamentos, mas também pela amizade, que certamente levarei comigo para o resto de minha vida.

Ainda assim, não poderia de agradecer ao Professor Theobaldo Spengler Neto, meu orientador, pela atenção e dedicação empreendida no auxílio ao presente trabalho.

Por fim, me sinto grata também a todas aquelas pessoas que me apoiaram no decorrer de minha faculdade, me apoiando e incentivando intensamente.

RESUMO

A presente monografia que traz consigo o recente tema “guarda compartilhada”, aborda a realidade prática da (im)possibilidade de sua imposição. No presente trabalho será aprofundado o estudo da guarda, não só nos moldes como se encontra atualmente, mas também a evolução histórico-normativa do instituto de direito de família, fazendo referência, ainda, aos diversos textos normativos em nível mundial a respeito do tema. O ponto crucial, é a recente alteração no instituto guarda, que estabeleceu a guarda compartilhada como regra – ao invés de exceção, como anteriormente –, fazendo com que passássemos a analisar a teoria e também a prática do instituto. Para a concretização deste trabalho de monografia, se utilizou o método de pesquisa bibliográfica das inúmeras doutrinas a respeito do tema, consistindo fundamentalmente na leitura e fichamento de doutrinas. Ademais, foi utilizado inúmeros julgados dos tribunais superiores, a fim de viabilizar a análise da aplicação da teoria na prática, diante de inúmeros casos. Deste modo, será abordado no primeiro capítulo a, sendo seguido pelo segundo capítulo com o título . Por fim, será tratada especialmente a guarda compartilhada, trazendo conhecimentos teóricos e práticos.

Palavras-chave: guarda; guarda compartilhada; (im)possibilidade de imposição.

ABSTRACT

This monograph brings the recent theme of "shared custody", addresses the practical reality of the (im) possibility of its imposition. In this work will be in-depth study of the guard, not only in the manner as is currently, but also the historical-normative development of family law institute, referring also to the various normative texts worldwide on the subject. The crucial point is the recent change in the guard institute, which established joint custody as a rule - rather than the exception, as before - causing us to spend examining the theory and also the practice of the institute. To achieve this thesis work, we used the method of literature review the numerous doctrines on the subject, consisting primarily in reading and BOOK REPORT doctrines. In addition, we used countless judged by higher courts in order to facilitate the analysis of the theory in practical application, in front of numerous cases. Thus, it will be discussed in the first chapter, followed by the second chapter with the title. Finally, it will be specially treated joint custody, bringing theoretical and practical knowledge.

Keywords: guard; shared custody; imposition of (im)possibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PODER FAMILIAR.....	11
2.1 Evolução histórica do Poder Familiar.....	11
2.2 Conceituação e características do Poder Familiar.....	18
2.3 Exercício do Poder Familiar.....	20
2.4 Extinção e suspensão do Poder Familiar.....	24
3 A GUARDA.....	31
3.1 Conceituação e evolução histórica do instituto guarda.....	31
3.2 Guarda unilateral.....	37
3.3 Guarda alternada.....	42
4 GUARDA COMPARTILHADA.....	45
4.1 Guarda compartilhada.....	45
4.2 Guarda alternada ou guarda compartilhada?.....	49
4.3 Alimentos na guarda compartilhada.....	51
4.4 A (im)possibilidade de imposição da guarda compartilhada frente as situações fáticas	55
5 CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho de conclusão de curso irá abordar a guarda compartilhada, estudando, com isto, o poder familiar, as formas de guarda e, por fim, a guarda compartilhada. Será abordada a conceituação dos institutos civis de direito de família, bem como a origem histórica e etimológica dos mesmos, além trazer inúmeros casos práticos a fim de elucidar a matéria.

Como se sabe, sobreveio ao ordenamento jurídico recente alteração legislativa, modificando a sistemática de aplicação da guarda compartilhada. Com isto, será abordado no primeiro capítulo o tema poder família, trazendo sua conceituação, bem como evolução histórica e etimológica, tratando para tanto as características, além de suas formas de suspensão e extinção.

Posteriormente, no segundo capítulo será abordado o tema guarda, trazendo ao presente trabalho de conclusão de curso as inúmeras formas de aplicação da guarda, seja unilateral ou alternativa, explicando os seus conceitos, breves diferenciações, conceitos e entendimentos jurisprudenciais.

Por último, será analisado no terceiro capítulo o tema específico da guarda compartilhada, objeto principal do presente trabalho, trazendo à baila assuntos como a guarda compartilhada em si, a diferenciação a ser feita entre a guarda compartilhada e a guarda alternada, os alimentos na guarda compartilhada, bem como o entendimento jurisprudencial a respeito, trazendo casos práticos que demonstram a (im)possibilidade de aplicação da guarda após verificação de algumas situações fáticas.

Sendo assim, será abordado neste trabalho, toda a matéria relativa a guarda compartilhada, demonstrando teórica e praticamente o conteúdo de forma acintosa, visando o melhor esclarecimento do tema.

2 O PODER FAMILIAR

No presente capítulo realizar-se-á uma abordagem teórica acerca do instituto chamado poder familiar, analisando-o a partir da antiga expressão “pátrio poder”, passando por sua evolução histórico-normativa, para chegarmos atualmente na expressão poder familiar. Será demonstrada e transcrita grande parte do texto normativo para ambos os casos, trazendo dispositivos legais já revogados e alguns ainda em vigência, a fim de esclarecer e demonstrar a evolução da norma, direcionando-a para os moldes atuais.

2.1 Evolução histórica do poder familiar

O pátrio poder teve origem especialmente no direito romano (Roma antiga), cuja civilização utilizava a expressão “pater famílias”, o qual era exercido sobre todos os membros da família, sejam os filhos, esposa e até mesmo os eventuais servos da família romana. Em resumo, o poder familiar era exercido sobre tudo aquilo que possuísse a propriedade pela família romana.

Ademais, a estrutura familiar, ganhava desde a Roma antiga a essência conhecida hoje, como sendo o meio de sustentação da coletividade como sociedade. Sendo assim, a centralização do poder familiar à luz do direito romano, que na presente hipótese era realizado na pessoa do pater na família romana, restava clara a dependência de toda a família, sem exceção, no chefe familiar, sendo estes totalmente dependentes.

Somente a título explicativo e exemplificativo, o chefe familiar possuía inúmeros direitos extremos em relação aos seus filhos, ferindo, inclusive, os direitos humanos. Entre eles os principais direitos extremos estão o “jus vitae et necis” que permitia ao chefe familiar de forma legal – sem ofender a legislação da época – a matar seu próprio filho, além do “jus exponendi”, cujo poder concedia ao chefe familiar a possibilidade de abandonar sua prole, quando recém nascida, nas hipóteses em que se verificasse alguma deficiência incurável, o que lhe tornaria inapta, de acordo com o entendimento pacificado à época, de manter-se livremente e independentemente, além da dificuldade futura em constituir sua própria família.

De forma totalmente lógica, com o passar dos anos, tais direitos totalmente extremos deixaram de existir, mas, que de qualquer forma, manteve-se em vigência na legislação romana por inúmeros anos, dando origem e inspirando às legislações

no restante do mundo, acerca do poder familiar.

Tratada esta parte inicial, em que foi aduzido brevemente o poder familiar no direito romano (Roma antiga), imperioso tratar também o poder familiar no antigo direito luso brasileiro, que conseqüentemente influenciou toda a evolução normativa da legislação.

Sendo assim, com nítida influência do direito romano (aduzido acima), na época da colonização do Brasil, após a sua descoberta pelo povo europeu, vigoravam leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal. Entre estas leis e decretos emitidos pelos reis de Portugal, vigorava no direito luso brasileiro o poder familiar exercido sobre os filhos – legítimos e legitimados, não alcançando os filhos naturais e bastardos –, o qual era compreendido como um pater famílias.

Madaleno (2015) ensina que a expressão utilizada, “pátrio poder”, induzia a uma interpretação através da qual se tendia que o pai possuía um poder gigantesco com relação ao filho, se mostrando contraditório este poder entre os cônjuges, visto que a mãe não possuía os mesmos direitos.

Por conseguinte, as características do poder familiar, podendo ser chamado no antigo direito luso brasileiro de pátrio poder, demonstra que somente o pai (chefe familiar) poderia exercer o poder sobre a família, não podendo e cabendo à mãe tais tarefas. Competia a esta apenas certos direitos referentes à subordinação dos filhos para com a mesma, em atenção as regras impostas, bem como à necessidade dos filhos manterem extremo respeito a figura da mãe.

Outrossim, importante ressaltar que, mesmo com o atingimento da maioridade (que à época alcançava-se aos 25 anos de idade), não ocorria a cessão do pátrio poder se os filhos ainda continuassem sob a dependência econômico-financeira do chefe familiar, hipótese que não se verificava quando da constituição de nova família pelo próprio filho.

Somente a título de elucidação, mas não menos importante para esclarecimento do tema, na época em que vigorava o direito luso brasileiro o poder familiar – pátrio poder – possuía inúmeras regras no tocante às questões patrimoniais dos filhos. Isto porque vigorava na legislação da época dispositivos que determinavam que tocava ao chefe familiar o usufruto e a propriedade do pecúlio profético (conjunto de bens pertencente ao chefe familiar, retirado de seu patrimônio e dado ao filho para administração deste).

Todavia, no que se referia ao pecúlio castrense (adquiridos por meio do serviço militar pelos filhos) ou quase castrense (similar ao anterior, mas adquiridos

através de atividade administrativo dos filhos na condição de funcionário do estado), caberia também ao chefe familiar o usufruto e a propriedade dos mesmos, incluindo aqui também a administração de tais pecúlios devidos aos seus filhos.

Já os pecúlios adventícios (bens adquiridos ou recebidos pelos filhos por meio de sucessão hereditária), caberia ao próprio filho a propriedade, cabendo ao chefe familiar tão somente o usufruto de tais bens. Gize-se que tal usufruto somente ocorria enquanto o chefe familiar estivesse exercendo o pátrio poder, pois, do contrário, seria exercido pelo próprio filho.

Entretanto, não eram submetidas as referidas normas aquele patrimônio adquirido pelo próprio filho através de sua atividade laboral, bem como o pecúlio adventício extraordinário, sendo este o patrimônio adquirido também pelo filho, mas que desde o a sua aquisição já recebia as características de uso e fruto, além da propriedade do mesmo.

Ainda, cabe trazer à baila, a característica que o pátrio poder possuía à época do direito luso brasileiro de ser vitalício e desempenhado unicamente pelo chefe familiar, via de regra, podendo ser extinto apenas com o preenchimento de pequenas hipóteses.

A regra da competência do chefe familiar para desempenhar o pátrio poder, foi “extinta” com o advento do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, cujo texto normativo tratava as normas para o casamento civil, estabeleceu que se o chefe familiar viesse a falecer, a viúva herdaria na condição de sucessora dos direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos menores, enquanto a mesma se conservasse na condição de viúva. Do contrário, caso a viúva cassasse novamente, ficaria impedida de administrar os bens dos filhos, nem como tutora ou curadora.

Neste sentido, vejamos o disposto no artigo 94 do Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, o qual dispõe o seguinte:

Art. 94. Todavia, si o conjuge fallecido for o marido, e a mulher não for binuba, esta lhe succederá nos seus direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos menores, emquanto se conservar viuva. Si, porém, for binuba, ou estiver separada do marido por culpa sua, não será admittida a administrar os bens delles, nem como tutora ou curadora. (sic)

Diante de tais mudanças, pode-se verificar um marco histórico na evolução normativa do pátrio poder, permitindo uma hipótese, ainda que restrita, para que a mãe, em algum momento, fosse a titular do pátrio poder – ainda que na condição de sucessora de um direito.

Ademais, a normatização do poder familiar ganhou novo avanço para o que atualmente é, nos primórdios da legislação civil, ainda quando da vigência do Código Civil de 1916, pois em tal legislação não existia o instituto do poder familiar. Naquela época, estava em vigência o chamado pátrio poder, nos termos do já revogado artigo 379 do antigo Código Civil de 1916, o qual segue abaixo transcrito:

Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

Como dito o *pátrio poder* foi previsto inicialmente no Código Civil de 1916, sendo aplicados na legislação pátria exatamente os termos do direito romano, sendo este, assim como no instituto romano *pater potestas*, exercido de forma incondicional e ilimitada pelo chefe da entidade familiar sobre seus filhos.

Assim, “o Código Civil de 1916 dispunha, em seu art. 379, que os filhos legítimos ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estariam sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 590)

Dias (2013, p. 434) lembra que

o Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher e, com isso, assumia ela o exercício do poder familiar com relação aos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade deles. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio poder (CC/1916 393)

Dias (2013, p. 434) acrescenta que

o Estatuto da Mulher Casada (L 4.121/62), ao alterar o Código Civil de 1916, assegurou o pátrio poder a ambos os pais, mas era exercido pelo marido com a colaboração da mulher. No caso de divergência entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, podendo a mãe socorrer-se da justiça.

Referida terminologia acabou por cair de vez em desuso somente após a promulgação do novo Código Civil de 2002.

Madaleno (2013) afirma que o instituto conhecido anteriormente como pátrio poder passou a afrontar diretamente a doutrina pela qual possuía como fundamento basilar a proteção integral dos filhos, razão pela qual o ordenamento jurídico, através

da promulgação de nova legislação civil, decidiu instituir o poder familiar, sendo este uma verdadeira tradução do dever/poder de ambos os pais de conduzirem os filhos, estabelecendo uma autoridade pessoal e patrimonial sobre os mesmos.

A nova denominação de poder familiar nada mais é do que a nova roupagem dada ao pátrio poder, cuja expressão remete ao direito romano, no qual era denominado *pater potestas*, aquele poder ilimitado e absoluto desempenhado pelo chefe da entidade familiar sobre os seus filhos. (RODRIGUES, 2004)

Ademais, como sabemos a atual Constituição Federal, adotando o princípio da isonômica, reconheceu tratamento igualitário tanto ao homem como à mulher. Deste modo, ao garantir direitos e também estabelecer direitos, na forma do artigo 226, §5º, da Constituição Federal, o qual segue colacionado abaixo, concedeu a ambos os pais a possibilidade de exercerem de forma conjunta o poder familiar, sem preterição de um ou outro na tomada de decisões.

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

[...]

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

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e Adolescente foi categórico ao estabelecer a quem cabe o exercício do poder familiar, cujo artigo 21 dispõe que

o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Dias (2013, p. 434), no tocante à conotação negativa trazida e estabelecida pelo vocábulo *pátrio poder*, ensina que

a conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu, daí o novo termo: poder familiar.

A partir de então, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a pressão exercida pela atualização cultural, em que a família estava em plena fase de transição, passando ambos os pais a tomarem as decisões relacionadas aos filhos, sendo considerado um processo natural de evolução da sociedade, o Código Civil de 2002 acompanhou as disposições constitucionais prevendo que o exercício do

poder sobre os filhos passaria ser exercido por ambos os pais, recebendo o nome de poder familiar.

Outrossim, complementa Dias (2013, p. 434) afirmando que “a emancipação da mulher e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança”, consistindo na concretização de direitos, já que a mulher passou a tomar as decisões em conjunto acerca de seus filhos, não tendo mais que acatar as decisões impostas pelos pais.

Sendo considerada grande atualização não só jurídica e legal, mas também espiritual e cultural, o Código Civil de 2002 aboliu a expressão *pátrio poder*, com o fim de ampliar a expressão para poder familiar, sendo este desempenhado por ambos os pais – leia-se, pais e mães –, sendo estes os responsáveis e legítimos a desempenharem o poder familiar de forma adjacente.

Neste sentido, temos a redação do artigo 1.631 do novo Código Civil de 2002, o qual passou a prever o poder familiar, sendo este um instituto pelo qual previu-se a isonomia entre os pais, como dito acima, sendo estes os responsáveis e legítimos a desempenharem de forma adjacente a responsabilidades pelos filhos menores de idade.

Mas claro, devo ressaltar que não poderia ser considerado nenhum aprimoramento terminológico se tal fato ocorresse somente com relação à nomenclatura do instituto, estando em total e gigantesca dissonância da evolução cultural das famílias.

Neste sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 590) ensina que

por isso, mais importante do que o aperfeiçoamento linguístico, é a real percepção, imposta aos pais e mães deste país, no sentido da importância jurídica, moral e espiritual que a sua autoridade parental ostenta, em face dos seus filhos, enquanto menores.

Dias (2013, p. 435) explica, ainda, que com a notável alteração no instituto familiar, este “deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles”.

Outro fato que merece o devido apontamento no presente trabalho, é a novíssima visão criada a respeito da forma de criação dos filhos, tendo como marco não só este aprimoramento do instituto, mas especialmente através da atualização cultural que a sociedade vivenciou. Anteriormente, possuía-se uma ideologia de que

a criação dos filhos era regida pela hierarquia do pai, sendo centralizado na pessoa deste as decisões pessoais e patrimoniais dos filhos.

Rosa (2015, p. 16) ensina que

antes vivia-se uma lógica da hierarquia, imposição e castigo, na medida em que a experiência familiar era realizada a partir do pai, em lugar superior inclusive ao da genitora. As diretrizes familiares eram impostas pelo pai, sentado à ponta da mesa, pouco participativo (e, muitas vezes, pouco comunicativo também), que, provedor, tinha voz absoluta. Por último, a característica do castigo era vivenciada toda vez que os ditames do chefe da família não eram seguidos. Devemos lembrar que, no período anterior a 1988, a doutrina existente para os direitos da infância era da situação irregular, que percebia a criança como mero objeto e não sujeito de direito [...], sendo que o castigo corporal era incentivado, até mesmo socialmente.

Como visto, anteriormente a criança era considerada apenas um mero objeto, não sendo considerada um sujeito de direito, fato que se mostra totalmente contrário da forma em que ocorre atualmente. A criança, nos dias atuais, é sujeito de direitos, vigendo o princípio da proteção integral entre outras normas protetoras das crianças e adolescentes, razão pela qual os castigos – corporais, mentais e psicológicos –, na proporção em que eram utilizados e incentivados pela sociedade, deixaram de serem legítimos e aplicáveis.

Por fim, Rosa (2015, p. 17) explica o seguinte:

hoje vive-se, no seio familiar, uma época de horizontalidade dos arranjos construídos e do diálogo. A inserção da mulher no mercado de trabalho, sua autonomia financeira e, também, o novo comportamento do homem na criação dos filhos trouxeram à rotina das famílias um ambiente em que ambos os pais decidem não apenas a melhor época para serem pais, mas também toda a rotina da prole em conjunto. O exercício da parentalidade hoje é um constructo diário e diuturno que, diante das necessidades dinâmicas da prole, impulsionadas muitas vezes pela lógica do mercado, faz que os interesses dos filhos sejam, muitas vezes, construídos com esses e não apenas entre os genitores de forma impositiva.

Complementa, ainda, que

[...] esse novo tempo nas entidades familiares justifica a adoção do termo “função familiar” relativo à designação do que, em nossa codificação civil, encontra-se expresso como poder familiar. Esse instituto, conforme acima exposto, serve muito mais ao inovador espaço dos genitores no interesse positivo dos filhos, do que se pensado como poder, noção esta que afasta e, por certo, não atende às diretrizes do melhor interesse das crianças e adolescentes.

Sendo assim, tratado este assunto até o presente momento, estas foram as principais modificações ocorridas no poder familiar, conceitualmente e historicamente, cabendo aqui, somente ressaltar tais fatos, os quais foram julgados

pertinentes ao presente trabalho de conclusão de curso, com o fim de esclarecimento da matéria principal.

2.2 Conceituação e características do poder familiar

Considerando as argumentações trazidas acima, podemos ter breves conceitos acerca do poder familiar. Entretanto, no presente ponto conceituaremos especificamente o poder familiar, abordando as conclusões doutrinárias acerca do tema.

Deste modo, importante trazer à baila a conceituação basilar do poder familiar, a qual é utilizada no atual regramento jurídico a respeito do tema. Pois, embora tratado a origem histórica e terminológica do instituto, imperiosa é a denominação neste momento de um conceito atual do instituto e que esteja em extrema vigência no nosso ordenamento jurídico.

Conforme Rosa (2015) explica o atual poder familiar é popularmente conceituado pela doutrina como uma responsabilidade atribuída aos genitores, enquanto perdurar a menoridade da prole, representando-se em um nítido *múnus público*. Tal responsabilidade, em sua essência, é um poder-dever a ser exercido pelos genitores em face de sua prole, no tocante ao desenvolvimento e a educação.

Conclui Rosa (2015, p. 15) que o poder familiar “representa, ainda, um dever dos pais em relação aos filhos e um direito em relação a terceiros”.

Sendo assim, poder-se-ia aduzir que o poder familiar, pelas suas características, aparenta ser muito mais um dever do que simplesmente um poder relacionado aos pais sobre seus respectivos filhos. O poder familiar, também muito chamado de autoridade parental pela doutrina, passou a ter roupagem de um *múnus*, sendo mais correto chamarmos este instituto de direito de família de dever familiar ou função familiar.

Ademais, os filhos passaram de objeto de poder a sujeitos de direito. Havendo essa inversão, ensejou severa alteração no teor do poder familiar, especialmente em razão do interesse social envolvendo os menores. Pois, não se trata mais de um exercício de autoridade e domínio, mas sim de uma incumbência legal imposta aos pais, devendo ser rigorosamente e fielmente cumprida nos seus exatos termos (VENOSA, 2012).

O poder familiar sempre foi objeto de exemplo com o fim de esclarecer real noção de direito-dever ou poder-função, sendo nítido marco consagrador da teoria

funcionalista previsto pelas normas de direito de família, cuja teoria resume-se no poder/dever que é exercido pelos pais sobre seus filhos, mas que possui caráter benéfico aos interesses destes. (OLIVEIRA; MUNIZ, 2002)

Tartuce (2012, p. 1191, grifo próprio) lembra que

o poder familiar é uma decorrência do vínculo jurídico de filiação constituindo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto. Anote-se que parte da doutrina prefere o termo **autoridade parental**, constando proposta e alteração das expressões no estatuto das famílias (PL 2.285/2007). Nessa linha, nas justificativas da proposição é expresso que o termo autoridade se coaduna com o princípio de melhor interesse dos filhos, além de contemplar a solidariedade familiar.

Já no que tange às características do poder familiar, Dias (2013, p. 436, grifo próprio) ensina que “o poder familiar é **irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível**, e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva”. Acrescenta, ainda, Dias (2013, p. 436, grifo próprio) que “as obrigações que dele fluem são **personalíssimas**”.

Assim, o poder familiar é irrenunciável, vez que os genitores não podem abdicar-se de tal responsabilidade, pois, como já tratado, configura-se verdadeiro dever-função; Da mesma forma, é imprescritível o poder familiar, tendo em vista que o seu não exercício por determinado lapso temporal, não faz com que os genitores percam tal condição, a qual somente ocorrerá nas hipóteses que serão tratadas no tópico adequado.

Por conseguinte, o poder familiar também é inalienável e intransferível, considerando que tal responsabilidade não pode ser passada pelos genitores a outras pessoas, tanto na forma onerosa, como na forma gratuita.

Com relação à irrenunciabilidade do poder familiar, Rosa (2015, p. 18) explica com certa propriedade que referido caráter

noticia a aproximação aos direitos fundamentais especiais dos filhos. Nota-se, aqui, que o direito fundamental gera um correspondente dever de igual categoria. Não é admissível, juridicamente, “renunciar a um dever”, especialmente quando se refere a um dever que corresponde a um direito fundamento alheio.

Ao final, Lôbo (2011) elucida que assim como os genitores não podem renunciar aos filhos, todo e qualquer encargo legal oriundos da paternidade, da mesma forma, não podem ser transferidos ou alienados, mesmo que realizado a

parentes.

Seguindo a mesma ideologia, “as crianças e adolescentes não podem renunciar aos pais, porque não lhes cabe, expressamente, abdicar direito de direitos fundamentais”. (ROSA, 2015, p. 18)

Outrossim, é nula a renúncia ao poder familiar, não podendo os genitores agirem de tal forma. Hipótese de ocorrência disto, é a delegação do exercício do poder familiar a terceiros, preferencialmente um membro da família. (LÔBO, 2011).

Com isto, o Estatuto da Criança e Adolescente estabeleceu o princípio da proteção integral, tanto de crianças, como também de adolescentes, emprestando nova configuração ao instituto em comento.

Tanto é que o próprio Estatuto da Criança e Adolescente, em seu artigo 249, o qual segue abaixo colacionado, previu pena de multa de três a vinte salários de referência em caso de descumprimento dos deveres referente ao poder familiar, não importando se for de forma dolosa ou culposa.

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:
Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Assim, sucintamente demonstradas as características do poder familiar e possíveis consequências com eventuais descumprimentos, concluímos o presente ponto aduzindo que o poder familiar atualmente é aquele dever-função que os pais possuem sobre seus filhos de manterem e tomarem decisões totalmente favoráveis às crianças e adolescentes, visando sempre o melhor a estes, em razão da expressa previsão legal do princípio da proteção integral.

2.3 Exercício do poder familiar

O exercício do poder familiar é previsto, como já narrado, desde o Código Civil de 1916 – ainda que na sua forma primitiva denominada *pátrio poder* –, cujo diploma legal já revogado previa em seu artigo 380 o seguinte

Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

Já no Código Civil de 2002, o artigo 1631 estabelece que tanto no casamento,

como na união estável, incumbe o exercício do poder familiar à ambos os pais, sem qualquer distinção entre um ou outro, podendo ser exercido com exclusividade por apenas um dos genitores, desde que no impedimento ou também na falta de um deles.

É neste sentido que Tartuce (2012, p. 1191, grifo próprio) ressalta que

o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, não sendo mais o caso de se utilizar, em hipótese alguma, a expressão **pátrio poder**, totalmente superada pela **despatriarcalização do direito de família**, ou seja, pela perda do domínio exercido pela figura paterna no passado. Eventualmente, em casos de família homoafetiva, o poder familiar pode ser exercido por dois homens ou por duas mulheres, sem qualquer ressalva no tratamento da matéria.

Vejamos o disposto no artigo 1631 do Código Civil de 2002:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Como bem explica Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 592),

vale ainda observar, na perspectiva constitucional do princípio da isonomia, não haver superioridade ou prevalência do homem, em detrimento da mulher, não importando, também, o estado civil de quem exerce a autoridade parental.

Como exemplo do ensinamento colacionado acima, em que o estado civil de um dos pais que exerce a autoridade parental não ocasionará a perda desta característica, especialmente quando ocorre a concepção de novo matrimônio, podemos citar o artigo 1.636 do Código Civil de 2002, o qual estabelece que não há o perdimento do poder familiar quando um dos genitores contrai novas núpcias ou estabelece nova união estável. Vejamos:

Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteira que casarem ou estabelecerem união estável.

Aliás, como já tratado, devemos lembrar que o parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil, aduzindo que “divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do

desacordo”.

Sendo assim, a respeito do exercício do poder familiar, devemos ressaltar o que Dias (2013, p. 436) explica com grande valia, senão vejamos:

todos os filhos, de zero a 18 anos, estão sujeitos ao poder familiar, que é exercido pelos pais. Falecidos ou desconhecidos ambos os genitores, na contramão de tudo que vem sendo construído pela doutrina da proteção integral, os filhos ficarão sob tutela (CC 1.728 I). O filho maior, mas incapaz, está sujeito à curatela, podendo o pai ou a mãe ser nomeado curador (CC 1.775 §1º)

Portanto, devo salientar neste momento que o poder familiar que possuem os genitores encontra-se disciplinado no Código Civil de 2002, o qual foi categórico ao estabelecer as obrigações e limites confiados aos pais, no pleno exercício da referida autoridade parental.

Destarte, o artigo 1.634 do Código Civil aponta em seu caput que “compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos”.

Além do mais, os incisos do referido dispositivo legal, preveem o seguinte:

[...]
 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;

Por fim, mas não tão menos importante, dos incisos VII a IX, estabelecem o seguinte:

[...]
 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.

Como visto, os seis primeiros incisos, pela sua própria redação, são de simplificada intelecção, os quais reforçam a ideia já trazida à baila aduzindo que o poder familiar se manifesta como uma prerrogativa dos genitores, havendo motivos para a sua existência o princípio da proteção integral do menor.

Já com relação ao inciso IX, Lôbo (2010) ensina o seguinte:

tenho por incompatível com a Constituição, principalmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1.º, III, e 227), a exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a "serviços próprios de sua idade e condição", além de consistir em abuso (art. 227, § 4.º). Essa regra surgiu em contexto histórico diferente, no qual a família era considerada, também, unidade produtiva e era tolerada pela sociedade a utilização dos filhos menores em trabalhos não remunerados, com fins econômicos. A interpretação em conformidade com a Constituição apenas autoriza aplicá-la em situações de colaboração nos serviços domésticos, sem fins econômicos, e desde que não prejudique a formação e educação dos filhos.

No que tange, ainda, ao inciso IX do citado dispositivo previsto no Código Civil de 2002, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p.593) afirma que

de fato, a parte final do dispositivo, tal como redigida, subverte a lógica do sistema que espera, do menor, não um potencial imediato de exercício de capacidade laborativa, mas, sim, e principalmente, exercício de tarefas compatíveis com o seu estágio de desenvolvimento, especialmente no âmbito da sua educação.

Seguindo este entendimento, podemos afirmar que “à vista do exposto, a exigência de serviços além dos limites do razoável poderá caracterizar a exploração da mão de obra infantil e do adolescente” lembrando que em caso de ser verificada a ocorrência disto poderá ensejar a aplicação das sanções correspondentes. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 594).

Por fim, analisando o dispositivo legal já citado, o qual estabelece os deveres e as obrigações dos genitores sobre seus filhos na vigência do poder familiar, podemos verificar que referidos incisos se tratam de um rol exemplificativo, especialmente pelo fato de que os principais e tão importantes deveres destes não foram previstos. Isto porque, o dever dos genitores sobre seus filhos também incide no dever de fornecer carinho, amor e afeto. (DIAS, 2013)

Destarte, “a missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial” (DIAS, 2013, p. 440). Ocorre que a essência do poder familiar impõe a afetividade responsável que liga os genitores de sua prole, sendo resultado disto o afago, o cuidado, o carinho, e, em resumo, a convivência no seio familiar.

Embora o texto legal não tenha previsto expressamente tais deveres dos genitores, estes se encontram implicitamente nos textos legais, afinal toda a proteção prevista pelo legislador, foi fruto da ideia de primar pela proteção integral

da criança e adolescente. Em resumo, a proteção e o bem-estar da criança e adolescente, primando por isto na convivência de seus familiares, é um dever dos genitores, que através das obrigações impostas pelo poder familiar, devem zelar pela sua correta e eficaz ocorrência e manutenção.

Deste modo, concluímos o ponto que recebeu a nomenclatura de exercício do poder familiar, analisando, ainda que sucintamente, os limites impostos pela lei quando do exercício da autoridade parental por quem a legalmente, sendo esta prerrogativa estritamente ligada ao interesse existencial do próprio menor, além do princípio da proteção integral da criança.

Passar-se-á neste momento à análise das formas em que poderão ocorrer a extinção, suspensão e destituição do poder familiar.

2.4 Extinção e suspensão do poder familiar

Neste momento, passaremos a abordar o tema denominado de extinção, suspensão e destituição do poder familiar, mediante a apresentação de casos práticos, colacionando ementas jurisprudenciais, além de abordar os dispositivos legais e ensinamentos doutrinários.

Como se sabe e já abordado no presente trabalho, o poder familiar, chamado por alguns doutrinadores de autoridade parental, mostra ser um dever dos genitores, o qual deve ser desempenhado visando sempre o interesse e proteção dos filhos. Deste modo, o legislador achou por bem entender que o Estado deveria ter o poder e a legitimidade, através dos órgãos públicos – como, por exemplo, o Ministério Público –, para adentrar no âmbito familiar, visando a defesa da criança e adolescente.

Outrossim, a legislação brasileira previu hipóteses em que poderá ocorrer a extinção, suspensão e destituição do poder familiar, caracterizando algumas medidas a serem tomadas quando da ocorrência dos fatos geradores de legítimas sanções. Dias (2013, p. 444) lembra que

o intuito não é punitivo – visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Assim, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a suspensão do poder familiar.

Sendo assim, a primeira hipótese a ser tratada é a **extinção** do poder familiar, a qual é prevista expressamente no vigente Código Civil. Pois bem, nos termos do artigo 1.635 do Código Civil, a extinção do poder familiar poderá ocorrer de diversas formas, ainda que por razão não imputável (voluntariamente) a algum dos genitores, dentre as quais estão previstas as seguintes:

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

Assim, sendo verificada qualquer destas hipóteses previstas no rol acima transcrito, o poder familiar dos pais sobre os filhos deixará de existir. Entretanto, devemos lembrar que o perdimento do poder familiar poderá acontecer em virtude de condutas graves, não importando se dolosas ou culposas, ocasião em que o magistrado poderá decretar, em procedimento iniciado pelo Ministério Público, nos termos dos artigos 155 e 163 do Estatuto da Criança e Adolescente, a destituição do poder familiar, desde que respeitados as garantias constitucionais, especialmente o direito à ampla defesa e contraditório. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

Neste sentido, dispõe o artigo 1.638 do Código Civil, senão vejamos:

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

A respeito do citado dispositivo legal, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 596) ensinam de forma única que

trata-se, em tais casos, de uma verdadeira sanção civil, grave e de consequências profundas. A forma como foi redigida a previsão do art. 1.638, remetendo ao inciso IV do art. 1.637, CC-02, é uma inovação do vigente Código Civil brasileiro (sem correspondente imediato no CC-16), referindo-se à possibilidade de perda do poder familiar na reiteração de suspensão do poder familiar, caso em que o juiz, no exercício do poder geral de cautela, sem alijar o pai ou a mãe em definitivo da sua autoridade parental, obsta o seu exercício.

Outrossim como vimos, poderá ocorrer a extinção quando reiteradamente os pais sofrerem pena de suspensão do poder familiar, o que poderá ocorrer quando

faltarem com os deveres inerentes aos filhos, desrespeitando-os, além de arruinar eventuais bens destes.

O artigo 1.637 do Código Civil de 2002 estabelece que

Art. 1.637. [...].

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.

Em atenção ao dispositivo legal citado acima, devemos fazer referência à outra hipótese de perdimento do poder familiar, o qual pode ser destituído hipótese em caso de emissão de decreto condenatório em favor de um dos pais pela prática de crime praticado contra o filho, sendo efeito da própria condenação criminal.

Nesse ínterim, o artigo 92 do Código Penal estabelece que:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

[...]

II - A incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

[...]

Ainda a respeito do tema, importante frisar o Artigo 92, parágrafo único, do Código Penal (grifei), que estabelece que “os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença”.

De outra banda, importante aqui salientar a diferenciação que se deve fazer a respeito dos termos **extinção** e **perda** realizada por alguns doutrinadores, mas não havendo grande seguimento desta teoria pela maioria. Dias (2013, p. 446) lembra que “perda é uma sanção imposta por sentença judicial, enquanto a extinção ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo”. Ainda assim, há no Código Civil a utilização destas expressões sem distinções, o que nos impossibilita de mantermos esta divisão, o que me parece serem utilizados como sinônimos.

Outro fato que merece destaque é o disposto no já citado artigo 1.636 do atual Código Civil de 2002, o qual segue colacionado novamente: “o pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”.

Da mesma forma, o artigo 1.636, parágrafo único, do Código Civil de 2002, estabelece que “igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à

mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável”.

Por fim, após trazermos à baila importantes considerações acerca da extinção do poder familiar, devemos salientar a possibilidade elencada pela doutrina, da qual também compartilho, de admitir a revogação de tal medida. Pois, como lembra Gomes (2012), que a decretação da perda do poder familiar não deve ter como consequência prática o afastamento permanente dos pais em relação aos seus filhos, o que poderia acabar por afetar o desenvolvimento do menor, a depender do caso prático.

Assim, o perdimento do poder familiar, da mesma forma como pode ser decretado visando o melhor do menor, entendemos também ser possível a revogação de tal medida, vez que o perdimento não deve ter como fim atingir o menor com a ausência de um dos genitores. Como já referido, devem as decisões a respeito do tema sempre visar o melhor interesse do menor, seja decretando o perdimento ou revogando a medida que o decretou.

Com isto, outra hipótese que será tratada no presente tópico, será a **suspensão** do poder familiar, sendo tal medida considerada menos gravosa com relação à extinção, visto que poderá haver uma revisão do ato judicial que a decretar.

Como já amplamente tratado, a revisão da suspensão do poder familiar poderá ocorrer sempre visando o interesse das crianças e adolescentes, oportunidade em que a convivência no seio familiar será analisada como meio de atender de forma eficaz os interesses destes. Tanto é que a suspensão possui caráter facultativo, podendo, de acordo com o caso prático, o magistrado deixar de aplicar tal medida, primando pelo bem-estar da criança e do adolescente. (RODRIGUES, 2004)

Ressalta Dias (2013, p. 445) que a suspensão do poder familiar

pode ser decretada com referência a um único filo e não a toda prole. Também pode abranger apenas algumas prerrogativas do poder familiar. Em caso de má gestão dos bens dos menores, é possível somente afastar o genitor da sua administração, permanecendo ele com os demais encargos.

Portanto, a suspensão do poder familiar é prevista no artigo 1.637 do novo Código Civil de 2002, o qual prevê o seguinte:

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.

Sendo assim, “a suspensão do exercício do poder familiar cabe nas hipóteses de abuso de autoridade (CC 1.637): faltando os pais aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos”. (DIAS, 2013, p. 446).

Com isto, nos termos do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, cuja redação foi incluída pela Emenda Constitucional nº 65/2010, são deveres dos pais garantirem aos jovens, adolescentes e crianças o sustento, educação e guarda.

Para tanto, o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que os genitores deverão assegurar aos filhos, com incondicional primazia, os direitos “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”, bem como “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, o que, do contrário, poderão sofrer com as consequências da perda ou suspensão do poder familiar.

Entretanto, a respeito não só da extinção como também da suspensão do poder familiar, devemos lembrar que

ainda que, de modo expreso, tenha o genitor o dever de sustento da prole, o descumprimento desse encargo não justifica a suspensão do poder familiar, pois a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda nem para a suspensão do poder familiar. (Dias, 2013, p. 446)

Nesta seara, importante lição nos traz o artigo 23 do Estatuto da Criança e Adolescente, o qual segue abaixo transcrito.

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

§ 1º. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

§ 2º. A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

Como visto, a falta ou carência de recursos não servirá como fundamento para a perda ou suspensão do poder familiar. Tanto é que Teixeira e Ribeiro (2008,

p. 265), tratando do artigo 23 do Estatuto da Criança e Adolescente, lembram que

[...] a insuficiência ou falta de recursos financeiros não constituem razão suficiente para a suspensão ou perda do poder familiar, conforme estabelece o art. 23, ECA, pois o mais relevante é que o melhor interesse da criança e do adolescente se concretize, e este abrange interesses que vão muito além das condições materiais, embora esta, por óbvio, seja relevante.

Outrossim, como já narrado acima, o artigo 1.637, parágrafo único, do Código Civil de 2002, o qual segue novamente colacionado abaixo, prevê hipótese de suspensão do poder familiar em caso de condenação irrecorrível em razão da prática de crime, cuja pena aplicada seja superior a dois anos.

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.

É neste sentido que Dias (2013, p. 446) rebate com grande inteligência o dispositivo legal acima tratado, aduzindo que

desarrazoada a suspensão do poder familiar em face de condenação do guardião, cuja pena exceda a dois anos de prisão (CC 1.637 parágrafo único). Tal apenação não implica, necessariamente, em privação da liberdade em regime fechado ou semiaberto, porquanto a lei penal prevê o cumprimento a pena igual ou inferior a 4 anos em regime aberto (CP 33 § 2º c), sem falar na possibilidade de substituição da pena por sanções restritivas de direitos (CP 44).

Conclui, ainda, Dias (2013, p. 446), afirmando que ainda assim, caso não ocorra nenhuma das hipóteses acima descritas, existem em diversos estabelecimentos prisionais femininos as creches, local em que as mães presas poderão ficar com seus respectivos filhos em sua companhia, no mínimo quando estes forem de tenra idade. Sendo assim, se torna imperioso concluir que, considerando que a suspensão visa atender de forma prioritária ao interesse da criança e adolescente, se torna descabida a imposição da suspensão do poder familiar de forma discricionária, sem analisar o que mais convém a estes.

Por fim, devemos lembrar que tanto a suspensão, como a perda do poder familiar através da destituição, ocorrerá por meio de competente ação judicial para este determinado fim. Gize-se que a ação judicial visando a suspensão ou destituição do poder familiar, verificada uma das hipóteses tratadas acima, poderá ser ajuizada por um dos genitores em desfavor do outro, bem como poderá ser

proposta pelo Ministério Público, o qual possui legitimidade para tanto, nos termos do artigo 201, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em desfavor de um ou de ambos os genitores. (DIAS, 2013)

Entretanto, como se sabe, o Conselho Tutelar possui legitimidade e atribuições para representar o Ministério Público nas ações de perda e suspensão do poder familiar, consoante artigo 136, inciso XI, do Estatuto da Criança e Adolescente. Porém, tal representação, não abrange e confere ao Conselho Tutelar legitimidade para propor a respectiva ação judicial visando à suspensão ou perda do poder familiar (DIAS, 2013).

Sendo assim, concluímos o presente tópico analisando as formas de extinção, suspensão e destituição do poder familiar pela perda desta prerrogativa legal, trazendo casos práticos e teóricos a respeito do tema.

Deste modo, passar-se-á à análise do instituto de direito civil denominado guarda, o qual é decorrente do poder familiar, conforme será visto a seguir.

3 A GUARDA

No presente capítulo será analisado o instituto de direito de família denominado guarda, abordando inicialmente a conceituação e evolução histórica da guarda, suas divisões em unilateral e bilateral, sendo a guarda compartilhada estudada em campo próprio, em razão da especificidade do tema, o qual é o objeto principal do presente trabalho.

Destarte, devo salientar neste momento que a guarda a ser tratada no presente capítulo se refere ao instituto de direito de família decorrente pela sua própria natureza da autoridade parental – poder familiar – exercido pelos genitores, não devendo ser confundida com a medida prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê a colocação em família substituta.

3.1 Conceituação e evolução histórica do instituto guarda

A expressão guarda, instituto de direito de família, como se sabe, é proveniente da Alemanha, na qual seus juristas aduziam a respeito do tema referindo-se à *warten*, sendo a partir de então utilizada pelo inglês como *warden* e posteriormente pelo francês *garde*, tendo todas estas dominações o significado de vigilância ou administração sob as proles provenientes do casal que a detinham. (Silva, 2014)

De outra forma, o vocábulo, sem a utilização e denominação específica deste instituto de direito de família, era utilizado para denominar alguém que havia sido nomeado para vigiar e defender algo ou alguma pessoa que estaria e deveria estar amparada de qualquer mau que poderia lhe ocasionar dano ou prejuízo.

Sendo assim, a guarda poderá ser conceituada, em razão dos próprios deveres impostas pela legislação envolvendo o poder familiar, como uma obrigação que ambos os genitores possuem de desempenhar toda e necessária atividade visando a cuidar suas proles, em atenção e obediência, como já tratado, ao princípio da proteção integral da criança e adolescente e melhor interesse social do menor.

Carbonera (2000, p. 46) conceitua a guarda como

um instituo jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele

necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

Assim, a guarda deve ser compreendida em decorrência do poder familiar, através do qual um familiar possui a prerrogativa de auxiliar não só financeiramente e economicamente à criança e adolescente, mas também fornecendo carinho, educação, supervisão e afeto.

A guarda teve grande valor em duas ocasiões distintas no direito brasileiro, recebendo previsão na legislação pátria em duas oportunidades, as quais consistem na guarda prevista quando da dissolução da sociedade conjugal e dissolução da união estável – instituto que será empreendida maior ênfase, em razão de ser o objeto principal do presente trabalho –, bem como do instituto previsto no Estatuto da Criança e Adolescente, como já referido. (FILHO, 2010)

Com isto, a primeira previsão legal existente no direito brasileiro a respeito da guarda, adveio com o Decreto 181, de 1890, cujo artigo 90 estabelecia que:

a sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.

Já com nova previsão legal, desta vez realizada no Código Civil de 1916, Grisard Filho (2010, p. 58, grifo próprio) ensina que

cuidando da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa e dos filhos, distinguiu as hipóteses de dissolução amigável e judicial e mandava, por seu art. 325, observar, na primeira, “o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos” e, na última, na previsão do art. 326, distintamente, conforme houvesse culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura, o sexo e a idade dos filhos.

Grisard Filho (2010, p. 59) lembra que referido esquema visando estabelecer critérios para a fixação da guarda dos filhos quando da dissolução da sociedade conjugal e da união estável era realizado da seguinte forma:

a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; b) sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, que, depois dessa idade, seriam entregues ao pai; c) os filhos maiores de seis anos de idade eram entregues à guarda do pai; d) havendo motivos graves, o juiz, em qualquer caso e a bem dos filhos, regulava de maneira diferente o exercício da guarda.

Entretanto, devo referir que “no caso de anulação do casamento e havendo

filhos comuns, aplicava-se-lhes as regras dos artigos anteriormente referidos” (FILHO, 2010, p. 59).

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 3.200 de 19 de abril 1941, em seu artigo 16, com redação dada Decreto Lei nº 5.213, de 21 de janeiro de 1943 previu a guarda do filho natural, senão vejamos:

Art. 16. O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menor.

Por outro lado, em 3 de setembro de 1946 foi editado o Decreto-Lei nº 9.701, o qual previa a guarda dos filhos quando da realização do desquite judicial, ocasião em que, se os filhos não fossem entregues aos pais, estes deveriam ser entregues a pessoa pertencente à família, devendo ser obrigatoriamente considerada pessoa idônea.

O artigo 1º do Decreto-Lei 9.701/46 estabelecia que:

no desquite judicial, a guarda de filhos menores, não entregues aos pais, será deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem entretanto será assegurado o direito de visita aos filhos.

Já no dia 27 de agosto de 1962, foi emitida a Lei nº 4.121, a qual originou inúmeras modificações com relação à guarda no antigo desquite litigioso, conservando, todavia, as regulamentações já existentes no que se referia à dissolução amigável. Desta feita, o Código Civil de 1916 passou a seguir um esquema previsto em lei, o qual era realizado da seguinte forma:

a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores, já não mais observada a distinção de sexo e idade destes, salvo disposição contrária do juiz; b) sendo ambos os cônjuges culpados, com a mãe ficariam os filhos menores, já não mais observada a distinção de sexo e idade destes, salvo disposição contrária do juiz; c) verificando que não deveriam os filhos ficar sob a guarda da mãe nem do pai, estava o juiz autorizado a deferir a guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando-se, entretanto, o direito de visitas. (FILHO, 2010, p. 59).

Posteriormente, no dia 16 de junho de 1970, a Lei 5.582 passou a ter vigência, modificando o teor do colacionado artigo 16 do Decreto-Lei 3.200/1941, incluindo-lhe parágrafos. Sendo assim, diante das alterações, o novato artigo 16 passou a ter a seguinte redação:

Art. 1º O artigo 16 do Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família, passa a ter a seguinte redação:

Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor.

§ 1º Verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o Juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores.

§ 2º Havendo motivos graves, devidamente comprovados, poderá o Juiz, a qualquer tempo e caso, decidir de outro modo, no interesse do menor."

Grisard Filho (2010, p. 59) lembra que a alteração foi realizada "determinando que o filho natural quando reconhecido por ambos os genitores ficasse sob o poder, agora, da mãe, salvo se tal solução adviesse prejuízo ao menor".

Referida Lei 5.582/70

também previu a hipótese de colocação dos filhos sob a guarda de pessoa idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores. Havendo motivos graves, poderia o juiz decidir, a qualquer tempo, de modo diverso, sempre no interesse do menor.

Estas alterações legais mencionadas acima, permaneceram vigentes até o advento da Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, a qual instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o divórcio e outros métodos visando à dissolução da sociedade matrimonial. Outrossim, com o advento da Lei 6.515/77, a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, instituído por tal lei, estaria combinado com o princípio do desfazimento por culpa, nos termos do artigo 5º, caput, havendo previsão de dissolução sem culpa, de acordo com o artigo 5º, §§ 1º e 2º, revogando as disposições atinentes ao Código Civil. (FILHO, 2010)

No entanto, a respeito da citada lei, com grande sabedoria, Grisard Filho (2010, p. 60) ressalta o seguinte:

entretanto, conservou, em suas linhas gerais, o sistema vigente, com adaptações. Assim era: a) na dissolução consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (cf. art. 9º); b) nas dissoluções não consensuais, o destino dos filhos menores obedecerá às peculiaridades de cada uma de suas modalidades: b1) art. 5º, caput – os filhos ficarão com o cônjuge que a ela não deu causa (cf. artigo 10, caput); b2) art. 5º, § 1º – os filhos ficarão com o cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum (cf. artigo 11); b3) art. 5º, §2º – os filhos ficarão com o cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação (cf. artigo 12)

Importante salientar também a previsão legal prevista no artigo 10, §1º, da Lei 6.515/77, o qual estabelecia que na separação judicial litigiosa em que ambos os genitores eram os responsáveis – leia-se, reconhecimento de culpa –, a guarda dos filhos menores deveria ser concedida à mãe, independentemente da idade e sexo dos filhos.

Vejamos o disposto no artigo 10, § 1º, da Lei 6.515/77

Art. 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

§ 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.
[...]

Outrossim, outra hipótese existente, era prevista no artigo 10, § 2º, da Lei 6.515/77, o qual estabelecia que o magistrado poderia conceder a guarda dos filhos a pessoa reconhecidamente idônea pertencente à família, não importando por parte de qual cônjuge, quando constatasse a impossibilidade de concessão da guarda a um ou outro cônjuge.

Vejamos o disposto no artigo 10, § 2º, da Lei 6.515/77

Art. 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

[...]
§ 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

A respeito disto, Grisard Filho (2010, p. 61) ensina que

essa ideia de retirar os filhos da guarda dos pais e confiá-los a terceira pessoa, por razões graves e insuperáveis, já era contemplada no art. 302 do Código de Napoleão, em sua edição de 1804, inspirada no melhor interesse do menor, ainda que em detrimento dos pais.

Complementando, ainda, devo advertir que todos os critérios estabelecidos são genéricos e abstratos. O legislador brasileiro entendeu por bem priorizar o princípio do interesse do menor, razão pela qual o principal problema existente é esta forma de analisar os casos práticos, não sendo analisados de acordo com os interesses dos pais na relação familiar. (OLIVEIRA; MUNIZ, 2002, p. 478)

Aliás, Oliveira e Muniz (2002) ensinam que o legislador limita em uma

separação consensual até mesmo a livre avença dos genitores, podendo o pedido de homologação da separação ou do próprio divórcio ser negado pelo magistrado competente, sob o argumento de que o convencionado não enaltece os interesses do menor.

Passados longos anos sob a vigência de tais normas, a nova mudança somente teve início com a promulgação da nova Constituição Federal de 1988, a qual assegurou, por meio de seu artigo 227, “à criança, como dever, primeiro, da família, depois da sociedade e do Estado, o direito à convivência familiar e comunitária, cuja disciplina veio com o Estatuto da Criança e Adolescente [...]”. (FILHO, 2010, p. 62)

A última alteração significativa a respeito da guarda adveio com a promulgação do Código Civil de 2002, embora tenha mantido as mesmas regras, conforme pode se verificar com breve análise dos artigos 1.583 a 1.590, primando também pelo princípio do interesse do menor.

Deste modo, o Código Civil de 2002 estabeleceu a guarda direcionada aos pais como regra, dividindo-a em unilateral e bilateral, conforme será abordado em tópico próprio.

Da mesma forma, foi estabelecida a guarda compartilhada, verificada quando da existência de pais separados/ divorciados ou que não convivem juntos, ocasião em que ambos os pais exercem conjuntamente o poder familiar sobre seus filhos.

Embora tais temas possuam tópicos próprios, somente frisa-se os mesmos neste momento para trazer à baila a recente alteração da guarda compartilhada dada pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, a qual tornou a guarda compartilhada como regra do ordenamento jurídico, nos casos em que os genitores são separados/ divorciados ou que não convivem juntos, mantendo ainda sob vigência a guarda unilateral para tais casos como exceção.

Nesse sentido, dispõe o artigo 1.584 do Código Civil de 2002 que:

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. (grifei)

Como visto, ainda que sucintamente, a guarda compartilhada se tornou regra no ordenamento jurídico nos casos já apontados. Todavia, devemos lembrar que

foram tratados de forma abreviada o tema específico da guarda, seja unilateral, bilateral ou compartilhada, visto que todos estes deverão ter abordagem específica em tópico próprio.

Assim, encerra-se o presente tópico, no qual foi estudada o desenvolvimento histórico legal do instituto da guarda no direito brasileiro, apontando as principais alterações legais a respeito do tema.

3.2 Guarda unilateral

A guarda unilateral foi instituída no ordenamento civil brasileiro em razão das hipóteses em que os genitores não mantinham vínculo amoroso pelo casamento, acabando por viverem separados e divorciados. Em razão disto, em com passar de longos anos, a legislação civil caminhou arduamente para regulamentar a guarda exercida por apenas um dos genitores, sendo atualmente conhecida como guarda unilateral.

Nos termos do artigo 1.583, § 1º, primeira parte, do Código Civil de 2002, o qual segue abaixo colacionado, a guarda unilateral será aquela exercida por apenas um dos genitores ou alguém que os substitua.

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.

[...]

Rosa (2015, p. 55) refere que

a guarda unilateral, de acordo com o art. 1.583, § 1º, de nossa codificação civil, é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, possuindo o guardião não apenas a custódia física do filho, mas também o poder exclusivo de decisão quanto às questões da vida da prole.

Importante referência deve ser feita à antiga redação do artigo 1.583, §2º, do Código Civil de 2002, antes da modificação dada pela Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, o qual referia, em síntese, que a guarda unilateral deveria ser concedida a um dos genitores que apresentasse no momento de análise melhores condições econômico-financeiras para exercê-la.

Vejamos a antiga redação do artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002, a

qual já se encontra totalmente revogada em razão da vigência da Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 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.

Rosa (2015, p. 56) explica que, além das condições econômico-financeiras para atribuição da guarda unilateral, era analisado para concessão da guarda nesta modalidade, antes da alteração legislativa mencionada, qual dos genitores apresentasse, de forma objetiva, maior “[...] aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (I) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (II) saúde e segurança; e, por último, (III) educação”.

Outrossim, o rol mencionado acima, que era previsto no artigo 1.583, §2º, do Código Civil, cuja redação foi revogada pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 – como já referido –, era qualitativo, sendo que o inciso primeiro era o requisito de maior valor e importância, sendo comumente utilizado para fundamentar decisões concedendo a um dos genitores a guarda unilateral.

Entretanto, o que deve ficar registrado é que, mesmo com tal valorização jurídica e social do inciso primeiro, todos os demais também possuíam grande importância e principalmente independência entre eles, eis que, embora o afeto tenha valor gigantesco no conceito de família, não há como se negar que a guarda unilateral também deve ser concedida com base na possibilidade do genitor em conceder saúde, segurança e educação. (FREITAS, 2008)

Além do mais, analisando a alteração legislativa ocorrida no artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002, chega-se à conclusão de que referido dispositivo legal não poderia receber aplicação com base na prioridade da capacidade econômica dos pais, o que acabaria por fragilizar o sistema, visto que provavelmente seria favorecido um dos genitores com maior capacidade econômico-financeira, em prejuízo do outro que não alcançou o mesmo status econômico. (SILVA, 2015)

Sendo assim, pode-se afirmar que a guarda unilateral é aquela atribuída a apenas um dos genitores, o qual terá a responsabilidade direta pelos filhos, sendo que o outro genitor não deixará de ter deveres. Isto porque, embora se possa afirmar

que a responsabilidade direta será de incumbência de quem possuirá a guarda, o outro genitor possuirá a responsabilidade indireta, uma vez que, diante da sistemática legal adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o genitor, que não possuir a guarda, deverá arcar com pensão alimentícia, sendo de sua responsabilidade o pagamento mensal. Em contrapartida, este mesmo genitor possuirá o direito de visitas periódicas, predeterminadas ou não – diante da hipótese em que poderá ocorrer a visitação livre (datas e horários combinados entre os próprios genitores) –, salientando-se que a obrigação de prestar alimentos não condicionará o direito de visitas, sendo totalmente independentes.

Neste sentido, Grisard Filho (2010) afirma que o genitor que recebe a guarda unilateral adquire todos aqueles direitos e deveres de forma única, que anteriormente eram desempenhados por ambos os genitores. Todavia, tal centralização dos direitos e deveres com relação ao menor, não exclui o direito daquele genitor que não detém a guarda de se comunicar livremente com o filho, desde que respeitadas a forma de visita adotada, bem como controlar a educação do mesmo, havendo nítido remanejamento dos papéis.

Diante de tal hipótese, se pode verificar que, em razão da guarda unilateral determinada a somente um dos genitores, acaba por restringir, de uma certa forma, a plena participação do genitor no desenvolvimento do filho.

Grisard Filho (2010, p. 83) assevera que

a sistemática atribuição da guarda à mãe gerou distorções no sistema levando os juristas a procurar outro meio, mais justo, de exercício da parentalidade. A ausência sistemática do filho pela periodicidade forçada desestimulou o exercício da guarda, levando os pais, que se viram negligenciados pela sociedade, a se afastarem do convívio com os filhos.

Importante referir tal ensinamento doutrinário, pois, via de regra, grande parte das separações conjugais (sem adentrar nas hipóteses de separação e divórcio, mas tratando-se de desta maneira de uma forma ampla), deixam inúmeras amarguras e com ânimos de animosidade. Em razão disto, a concessão da guarda compartilhada a apenas um dos genitores, acaba por acirrar ainda mais os ânimos, que muitas vezes já se encontram exaltados, acabando por provocar consequências para a criança e/ou adolescente.

Grisard Filho (2010) refere ainda que a guarda unilateral é o meio mais arrasador para o menor, trazendo ao mesmo muitas dúvidas e sentimentos negativos, considerando que, em razão das visitas periódicas (na maioria das vezes

em finais de semana alternados, o genitor que não possui a guarda acaba se afastando do convívio diário com seu filho.

Assim, o que era rotineiro anteriormente, passou a ser eventual, tornando o entendimento do menor a respeito dos fatos de extrema dificuldade, aflorando, em razão de não compreender a situação da separação conjugal, os sentimentos de solidão e abandono.

Portanto, e creio que pensando neste assunto supra tratado, sobreveio as alterações legislativas acerca do assunto.

Após referida a alteração legislativa, a qual sobreveio por meio da Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, a guarda unilateral, que até então era regra, passou a ser de aplicação excepcional.

Embora ainda não seja o momento de tratar a alteração legislativa que tornou a guarda unilateral como exceção e a guarda compartilhada como regra, cuja matéria será tratada no capítulo terceiro, cumpre salientar as palavras de Rosa (2015, p. 56), o qual lembra que:

o que antes era regra, em boa hora, passa a ter caráter excepcional, vez que, 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 exercê-la.

Neste sentido, a redação do artigo 1.584, §2º, do Código Civil de 2002, estabelece exatamente a possibilidade desta negativa, senão vejamos

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.

Como visto, em razão da alteração legislativa impondo-se a guarda compartilhada como regra, o dispositivo em comento, aderiu a ideia de que a guarda não será compartilhada, quando um dos genitores (pai ou mãe) referirem a intenção de não a exercer.

Todavia, embora tal possibilidade decorra expressamente de texto legal, “comungamos do pensamento de que o promotor e o magistrado, utilizando, se necessário, da equipe interdisciplinar, devem investigar os motivos que levam esse genitor a manifestar seu desinteresse”. (ROSA, 2015, p. 56)

Complementa Rosa (2015, p. 56, grifei) afirmando o seguinte:

sabe-se que, cada vez mais, a órbita privada deve ser respeitada, mas, considerando a doutrina da proteção integral, mostra-se imperiosa a apuração das razões que levam um dos genitores a optar por essa via. Tal postura evitaria, inclusive, a perpetuação de um quadro de alienação parental iniciado durante o período de união do casal, solidificando em sentença, determinando a guarda exercida de forma unilateral por um dos genitores.

Por fim, embora não seja objeto principal deste trabalho, cogente se torna referir, a título de elucidação, a novel alteração legislativa a respeito do tema, também incluída pela Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, a qual inseriu o § 5º no artigo 1.583 do Código Civil de 2002, cuja redação segue abaixo colacionada:

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Sendo assim, através de referido dispositivo legal, quando verificada a ocorrência da guarda unilateral, será permitido ao genitor que não detém a guarda controlar os interesses dos filhos. Rosa (2015) afirma ainda que não se trata de uma “permissão” concedida pelo legislador ao genitor, que poderá exercê-la, ou não, mas sim a obrigatoriedade de supervisão dos interesses dos filhos.

Tanto é verdade que o próprio dispositivo ora comentado refere que qualquer um dos pais poderá solicitar informações a respeito dos filhos e inclusive pleitear a prestação de contas, de forma objetiva e subjetiva, em situações envolvendo a educação do menor, bem como àquelas ligadas à saúde física e psicológica do mesmo.

Rosa (2015, p. 58) explica que

[...] apesar de o detentor da guarda unilateral ter a faculdade de fazer todas as escolhas da vida da prole sem consultar o outro genitor, tais como escola, atividade extracurricular e, até mesmo, os médicos, existe, por outro lado, o direito de o outro pai ou mãe ser informado a respeito da vida dos filhos.

Diante do exposto, passa-se à análise do tópico denominado guarda alternada, a fim de, futuramente, diferencia-lo da guarda compartilhada, objeto do presente trabalho.

3.3 Guarda alternada

A guarda alternada, por sua vez, é aquela modalidade de guarda que basicamente se traduz quando os genitores possuem a guarda material dos filhos, ocasião em que estes ficariam parte do tempo com o pai e outra parte com a mãe, ocorrendo normalmente em uma semana para cada dos genitores.

Spengler e Spengler Neto (2004, p. 91, grifei) referem que

a guarda alternada é outra maneira de dispor sobre a guarda do filho, sendo, porém, de uso restrito devido, principalmente, às grandes críticas que suscitou. **Na verdade, é na guarda alternada que o menor passa determinado período de tempo na casa de um e depois de outro genitor, sucessivamente [...]**

De maneira totalmente acertada, Spengler e Spengler Neto (2004) lembram que a ausência de rotina no cotidiano do filho menor de idade, acaba por influenciar inúmeras críticas a esta forma de responsabilidade parental, tendo em vista que em breve análise desta forma de guarda, verifica-se algumas maleficências aos filhos, gerada exatamente pela ausência de rotina e cotidiano do filho, que, por passar o seu tempo ora com, ora com o outro genitor, não adquire em sua formação uma padronização de comportamento, especialmente pelo fato de que nem sempre a regra imposta por um dos genitores é a regra imposta pelo outro.

Ainda oferecendo crítica ao modelo de guarda alternada existente no ordenamento jurídico brasileiro, Grisard Filho (2010, p. 195) refere que

a moderna doutrina adverte que a guarda alternada não está em harmonia com o interesse do menor. Ela é inconveniente para a consolidação dos hábitos, valores e ideias na mente do menor, diante do elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações, provocando no menor não só instabilidade emocional e psíquica, como também um descontínuo afetivo, espacial e social. Já uma outra vertente vê na guarda alternada a vantagem de permitir a menor manter relações estreitas com os dois genitores. [...]

É neste mesmo sentido, que a jurisprudência gaúcha tem se manifestado, demonstrando que a guarda alternada não é o melhor modelo de responsabilidade parental para ser adotado. No julgamento da Apelação Cível nº 70049860968, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, decidiu afirmando que “o sistema de guarda alternada impede que a criança desenvolva uma rotina de vida estável e desenvolva seus referenciais

familiares”.

Sendo assim, diante de tantas críticas com base nos estudos realizados, conforme se verificou pela doutrina colacionada, a guarda alternada, embora ainda existente no ordenamento jurídico brasileiro, não aparenta ser a melhor forma de responsabilidade parental, contando com a escassez de admiradores que pretendam e optem por utilizá-la. É em razão disto, que em relação à guarda alternada, existem outros modelos de guarda que conseguem atingir e alcançar a sua real finalidade, em atenção ao princípio do melhor interesse do menor, fazendo com que outros modelos sejam na prática mais vantajosos, incluindo o compartilhamento das responsabilidades, por meio da guarda compartilhada. (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2004)

Relacionando o presente tópico de guarda alternada com a guarda compartilhada, importante referir que “um dos maiores equívocos que, por certo, impossibilitam a melhor aplicação da guarda compartilhada no direito brasileiro, desde a edição da Lei 11.698/2008, foi a sua confusão com a guarda alternada”. (ROSA, 2015, p. 58).

Rosa (2015, p. 58), explica que

desde então, o compartilhamento das responsabilidades foi reiteradamente confundido com a alternância de guarda, sendo que esta última nem sequer tem possibilidade de ser fixada em nosso ordenamento jurídico. De forma equivocada, falava-se em divisão estanque do tempo em cada uma das casas, como se o filho passasse a ter sua “mochila” como o único objeto seguro na sua vida.

Mostra-se de total grandiosidade os ensinamentos a respeito da diferenciação da guarda alternada com o compartilhamento das responsabilidades (guarda compartilhada), pois, como referido, tal confusão já foi objeto de grandes discussões. Em razão disto, cumpre esclarecer que a guarda alternada, “tanto a jurídica como a material, é atribuído a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o filho mora com cada um dos pais”. (ROSA, 2015, p. 58)

Diante de mencionado conceito a respeito da guarda alternada, chega-se à conclusão de que ambos os pais, enquanto a prole estiver consigo no período estabelecido, possuirá a responsabilidade total e exclusiva, cabendo exercer o poder parental de forma exemplar, além de usufruir integralmente dos deveres e direitos inerentes ao poder familiar.

Esta modalidade de guarda, nos termos da doutrina, é uma modalidade que representa de forma extrema o egoísmo estatal, considerando que este instituto aponta para o entendimento de que os filhos não passam de meros objetos pertencentes aos pais, podendo o tempo e local no espaço serem totalmente particionadas entre cada um dos genitores, ferindo de forma clara a regra da proteção integral da criança e adolescente. (ROSA, 2015)

Do mesmo modo, pode-se afirmar, inclusive, que a guarda alternada, em momento algum, é utilizada com base nos princípios estabelecidos no Estatuto da Criança e Adolescente, especialmente aquele que prima pelo melhor interesse da criança e adolescente. (ROSA, 2015)

Isto porque, como já referido, a guarda alternada acaba, ainda que de forma inconsciente, transformar o filho menor de idade em um simples objeto que possuam interesse, ocasião em que os genitores passam a discutir a relação de convívio com a prole de uma forma não sentimental, sem pensar nos interesses de quem realmente deva ser protegido.

Sendo assim, passa-se a analisar no terceiro e último capítulo a guarda compartilhada, na forma de compartilhamento das responsabilidades parentais.

4 GUARDA COMPARTILHADA

No presente capítulo, terceiro e último, será abordado especificamente o instituto da guarda compartilhada, em razão da novíssima alteração legislativa, que, além de fortalecer o instituto civil de direito de família, tornou-o regra no ordenamento jurídico.

Além da conceituação básica, será abordado brevemente o surgimento do compartilhamento das responsabilidades por meio da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, colacionando-se os dispositivos legais atinentes ao caso. Não poderia faltar, como já referido em tópicos anteriores, a diferenciação da guarda compartilhada com os demais institutos civis de direito de família, a fim de, não só diferenciá-los, mas também demonstrar as hipóteses de real aplicação dos mesmos.

4.1 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada, embora esteja atualmente contando com grande repercussão, especialmente pela promulgação da lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008.

A Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 alterou, à época, os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, instituindo expressamente em nossa legislação a guarda compartilhada. Dispõe o artigo 1.583 do Código Civil de 2002 o seguinte, cuja redação permanece até os dias atuais:

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.** (grifei).

Entretanto, o artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002 foi alterado pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 estabelecendo e reforçando a atual guarda compartilhada.

A redação já revogada do artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002 estabelecia que:

§ 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:
[...]

Com a promulgação da Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, o artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002 passou a vigor com a seguinte redação:

§ 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:
[...]

Como visto, em razão das próprias alterações legislativas, a lei passou a dar maior importância ao instituto da guarda compartilhada, tornando-a regra do ordenamento jurídico brasileiro. Anteriormente, a guarda compartilhada era aplicada somente nos casos em que houvesse acordo entre os genitores ou sempre que possível, nos casos em que não fosse possível a realização de acordo entre os pais.

Ademais, de total importância também referir o disposto no artigo

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

Com a alteração dos dispositivos, a redação da legislação aplicável ao instituto da guarda compartilhada passou a prever que mesmo quando não se verificasse o acordo entre os genitores e ambos apresentassem condições favoráveis para o exercício do poder familiar, a guarda compartilhada será aplicada.

Neste sentido, o artigo 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002, cuja redação foi substituída pela alteração legislativa, possuía a seguinte redação:

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Com a nova redação dada pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 o artigo 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002, passou a vigor com a seguinte redação:

§ 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.

No entanto, cumpre salientar que referidas alterações legislativas, as quais

começaram a ocorrer de forma plena somente no ano de 2008, com a Lei 11.698 de 13 de junho daquele ano, foram fruto de inúmeros julgamentos e entendimentos concebidos através de análises de casos práticos. Pois, antes mesmos de mencionadas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, muitos genitores já exerciam o compartilhamento das responsabilidades por meio da guarda compartilhada, havendo, inclusive, diversos julgados nos mais diversos tribunais de justiça.

Lembra Rosa (2015) que a maior prova de que já haviam entendimentos a respeito de sua aplicabilidade, antes mesmo das alterações legislativas referentes à normatização da guarda compartilhada, é a edição do Enunciado nº 101 da primeira Jornada de Direito Civil, a qual ocorreu ainda durante a *vacatio legis* do Código Civil de 2002.

Neste sentido, segue abaixo transcrito o Enunciado 101:

enunciado 101. Art. 1.583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.

Por conseguinte, já no ano de 2006, quando da ocorrência da VI Jornada de Direito Civil, novo enunciado foi emitido, o qual possui a seguinte redação:

enunciado 335 - A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.

Sendo assim, a guarda compartilhada resume-se como um instituto civil atrelado ao direito de família, pelo qual os genitores compartilham as responsabilidades pelos filhos, não havendo divisão nos direitos e deveres, devendo as decisões referentes aos filhos serem tomadas em conjunto por ambos os genitores.

Grisard Filho (2010) assevera que através da guarda compartilhada os genitores exercem legalmente de forma igualitária o poder parental, atuando de forma igual na tomada de decisões atinentes aos filhos menores de idade, cujas deliberações deverão ocorrer em conjunto.

Da mesma forma, Spengler e Spengler Neto (2004, p. 94) afirmam que

[...] o objetivo da guarda compartilhada vai além da simples

responsabilização dos genitores por alguém que ambos contribuíram para que existisse; na verdade, ela significa a intervenção em todos os sentidos no direcionamento da criação e educação dessa criança. Significa, também, um envolvimento emocional maior, o que é extremamente benéfico para ambas as partes: genitor e gerado. Tal benefício se dá, de um lado, pela satisfação que os pais têm em auxiliar na manutenção e educação do rebento e do outro pela segurança e tranquilidade que gera ao filho a certeza de estar sendo amado e protegido pelos pais, e não disputado por eles.

Superadas estas considerações, importante frisar que a jurisprudência gaúcha se manifestou, seguindo os entendimentos colacionados no tópico da guarda alternada, corroborando o entendimento de que o filho não deverá ser transformado em um objeto à disposição dos pais.

Neste sentido, o Agravo de Instrumento nº 70065888786, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifei), decidiu que:

ação de Dissolução de União Estável. Guarda Compartilhada. Litígio Entre os Pais. Descabimento. Alimentos. Adequação do Quantum. [...] 2. **A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar a filha em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ela perca seus referenciais de moradia.** [...] (Agravo de Instrumento Nº 70065888786, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/09/2015)

Superada inicialmente as considerações acerca das alterações legislativas referentes ao assunto em tela, bem como as considerações feitas a respeito da conceituação do instituto civil de direito de família, importante referir que a guarda compartilhada, superando as inúmeras limitações impostas pela própria natureza da guarda unilateral, representa um meio eficaz de abolir e até mesmo evitar a alienação parental, sem incluir aqui os inúmeros outros benefícios trazidos pelo seu deferimento. (FREITAS, 2008)

Pode-se afirmar isto, comparando a guarda compartilhada com a guarda unilateral, principalmente pelo fato de que sendo aplicada esta última forma de guarda, acaba por facilitar o trabalho do alienador, que, por exercer com exclusividade o cuidado da criança, faz com que o contato com o outro genitor seja cada vez mais escasso e precário. Quando o contato ocorre faz com que este seja temeroso e prejudicial à criança e adolescente, em razão das inúmeras inverdades transmitidas, sem haver motivo concreto que justifique a finalidade do ato.

Por isto, o instituto civil de direito de família denominado guarda

compartilhada traz para o regramento jurídico um novo entendimento. Através deste instituto de direito de família, os filhos de pais divorciados passam a entender que a separação é tão somente conjugal, não ocorrendo a separação parental, pois a separação não os separa um dos genitores, sendo mantida a intensa participação de ambos os pais no cotidiano e rotina dos mesmos. (PEREIRA, 2012)

No momento em que os genitores superarem as desavenças deixadas – muitas vezes pela turbulenta separação conjugal – no momento de desfrutarem da companhia de seus filhos, acabarão por perceber que a guarda compartilhada será a melhor medida visando o bem da criança e adolescente. Com isto, o banimento de qualquer ponto que ainda persista atrito entre os genitores, fará com que o convívio com os filhos do casal seja extremamente harmonioso e sadio, resultando em um desenvolvimento da criança e adolescente voltado para compreensão de traumas passados. Principal ponto envolvendo o crescimento extremamente sadio dos filhos do casal divorciado será que estes não sejam frutos de um fracasso amoroso, mas sim administradores de suas próprias vidas com plena capacidade de entendimento no rompimento da relação conjugal dos pais. (OLIVEIRA FILHO, 2011)

Neste mesmo sentido, Rosa (2015, p. 66) afirma que

a guarda compartilhada procura fazer que os pais, apesar da 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.

Em outras palavras, a aplicação da guarda compartilhada pressupõe uma obrigação expressa dos genitores de assessorar e auxiliar o outro genitor no acesso ao filho, a fim de dar-lhe e fornecer-lhe afeto paterno e materno, sem a ocorrência de situação que possam configurar a alienação parental. (CARVALHO, 2010)

4.2 Guarda alternada ou guarda compartilhada?

Em que pese as considerações realizadas no tópico referente à guarda alternada, ocasião em que se fez breves distinções entre guarda alternada e guarda compartilhada, passa-se neste momento a diferenciá-las, viabilizando o estudo de forma clara.

Sendo assim, como já tratado em tópico do capítulo anterior, o

compartilhamento das responsabilidades (guarda compartilhada) por muitas vezes foi confundida com a guarda alternada, ainda persistindo tais conflitos na conceituação dos institutos com a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014.

A guarda alternada, como já referido, é aquela que possui, na sua essência, similitude com a guarda unilateral, trajada pelo exercício privativo da guarda por um dos genitores, em um determinado período, sendo que decorrido tal lapso temporal, a guarda é modificada ao outro genitor, e assim por diante, havendo um nítido revezamento. (GIMENEZ, 2014)

Diferenciando os institutos Gimenez (2014) ensina que não se pode afirmar que na guarda alternada há o chamado compartilhamento das responsabilidades (guarda compartilhada), visto que, ainda os genitores reconheçam a inexistência de guarda unilateral exclusiva a somente um deles, ambos desenvolvem o papel de guardião da prole enquanto este permanecer consigo. Deste modo, na guarda alternada existe um revezamento ordenado e metódico da convivência, ocasião em que cada genitor cria suas regras.

Apresentando, de um certo modo, crítica à guarda alternada, Rosa (2015, p. 59) assevera o seguinte:

esperamos que a edição da Lei n. 13.058 possa apresentar novos ares à temática, acima de tudo para proporcionar o final do mito dos filhos “mochilinhas”, típico daquilo estabelecido na guarda alternada. Espera-se, ainda, que seja visualizado o novo papel de ambos os genitores, de visitantes a conviventes, e, acima de tudo, que as varas de família expressem, em sua medidas e decisões, aquilo que uma criança, mesmo em sua ingenuidade, sabe melhor do que qualquer adulto: dois representam mais do quem.

A guarda compartilhada, por sua vez, é aquela que

[...] procura fazer com que os pais, apesar da sua separação pessoal, e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela criação, educação e manutenção dos filhos, e sigam responsáveis pela integral formação da prole, mesmo estando separados, obrigando-se da melhor maneira possível suas funções parentais. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não algum eventual interesse egoísta dos pais. [...]. (MADALENO, 2013, p. 441, grifei)

Diante disto, embora a regra básica da guarda compartilhada não exigir a celebração de acordo para o estabelecimento da guarda compartilhada, deve reconhecida que deve haver uma convivência saudável entre os genitores.

Traduzindo-se em um verdadeiro casal unido e que priorizam o interesse do menor, independentemente das diferenças surgidas entre eles. (MADALENO, 2013)

Destarte, a alteração legislativa somente consagrou e estabeleceu legalmente o que a família contemporânea vinha exercendo, priorizando a relação afetiva entre pais e filhos, ainda que os genitores não residam no mesmo local. Esta alteração no ordenamento jurídico apenas realça o papel fundamental de pai e mãe, contribuindo, inclusive, para o crescimento humano e social do menor. (GIMENEZ, 2014)

Neste sentido, o Agravo de Instrumento nº 70063573299, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio), decidiu que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO, GUARDA E ALIMENTOS. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI 13.058/2014. Na sociedade em que vivemos pai e mãe podem separar-se um do outro quando decidirem, mas devem ser inseparáveis dos filhos, sendo dever do Judiciário assegurar que esta será a realidade. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. Assim, e não havendo negativa expressada por um dos genitores ou nenhuma outra conduta que deva ser especialmente avaliada, a guarda é compartilhada. ALIMENTOS. Não havendo prova irrefutável da incapacidade do alimentante, ônus que lhe cabia, restam mantidos os alimentos fixados. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70063573299, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 23/04/2015).

Então, superadas as breves considerações acerca das distinções da guarda compartilhada e guarda alternada, as quais entende-se suficientes para esclarecimento do tema, passa-se a análise do contraponto alimentos na guarda compartilhada.

4.3 Alimentos na guarda compartilhada

Inicialmente, não poderia deixar de ser abordado no presente trabalho de conclusão de curso, especialmente pelo tema adotado, a pensão alimentícia na guarda compartilhada, tema que vem sendo objeto de inúmeras discussões acerca da possibilidade de cobrança, ou não.

Os alimentos podem ser conceituados como aquelas prestações, via de regra mensais, iguais e sucessivas, através das quais se busca a satisfação das necessidades essenciais para sobrevivência humana. Legalmente, a finalidade dos alimentos é fornecer ao companheiro ou cônjuge, até mesmo a algum parente, os

meios necessários para a sua subsistência. (GONÇALVES, 2015)

Ademais, ainda no tocante ao conteúdo dos alimentos, estes “[...] abrangem o indispensável ao sustento, vestuários, habitação, assistência médica e instrução (CC, art. 1.920)”. (GONÇALVES, 2015, p. 157)

Sendo assim, pode ser exigido o pagamento de alimentos, nos termos da legislação civil em vigor, por todo aquele que necessite de auxílio, a fim de dar-lhe a possibilidade de viver de forma digna, atendendo as próprias necessidades, incluindo, especialmente a saúde e educação.

Em outras palavras, os alimentos configuram-se exatamente como uma obrigação imposta a alguém que, por força de lei, deva prestar auxílio econômico-financeiro a determinada pessoa, que necessite de amparo a fim de garantir a sua manutenção. Isto é, o pagamento deverá de alimentos deverá ocorrer quando houver a necessidade de auxílio à subsistência humana, que, por uma razão ou outra, não poderá prover de forma solitária. (CAHALI, 2003)

Neste sentido, estabelece o artigo 1.694 do Código Civil de 2002, o qual segue abaixo transcrito:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Ademais, embora não seja objeto principal do presente trabalho de conclusão de curso, imperioso expor a matéria acerca dos alimentos, somente a título de esclarecimento. Sendo assim, segue abaixo colacionado o artigo 1.694, § 1º, do Código Civil de 2002, senão vejamos:

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Conceitualmente, os alimentos podem ser esclarecidos da seguinte forma:

quando, cotidianamente, utiliza-se a expressão “alimentos”, é extremamente comum se fazer uma correspondência com a noção de “alimentação”, no sentido dos nutrientes fornecidos pela comida.

Todavia, a acepção jurídica do termo é muito mais ampla.

De fato, juridicamente, os alimentos significam o conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 681, grifei)

Destarte, os alimentos possuem previsão constitucional, impondo aos pais o dever de assistência. O artigo 229 da Constituição Federal assim dispõe:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Ademais, a redação do artigo 1.566, IV, do Código Civil de 2002 é clara ao consagrar a obrigação alimentar entre pais e filhos, senão vejamos

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - Fidelidade recíproca;
II - Vida em comum, no domicílio conjugal;
III - Mútua assistência;
IV - Sustento, guarda e educação dos filhos;

Da mesma forma, assim dispõe o artigo 1.568 do Código Civil:

Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o artigo 22 do Estatuto da Criança e Adolescente prevê o seguinte:

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.

Com a promulgação da Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, foi reacendida a discussão acerca do dever de prestar alimentos quando a guarda compartilhada fosse o método adotado. Considerando toda a argumentação trazida, incluindo os inúmeros dispositivos legais transcritos no presente tópico, cumpre, ainda, salientar o disposto no artigo 1.583, § 3º, do Código Civil de 2002, o qual impõe que na guarda compartilhada deverá ser determinada a base de moradia dos filhos, utilizando-se como critério para adoção o local em que atender de forma eficaz os interesses dos menores.

Mencionado dispositivo legal, o qual já foi transcrito no tópico que tratou da guarda compartilhada, adveio com a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014. Rosa (2015, p. 102) explica que

a determinação da base de moradia (art. 1.583, § 3º, do CC), ou seja, qual dos genitores exercerá a custódia física da prole, acarretará, em consequência, a obrigação de prestar alimentos do outro progenitor. Aquele que detém o filho em sua custódia física alcançará o atendimento das necessidades da prole de forma direta (e, muitas vezes, despendendo valores maiores do que o genitor que paga o pensionamento).

E em razão disto, a diferenciação da guarda compartilhada com a guarda alternada se mostra de total importância, a fim de que não se confunda uma com a outra. Em razão do estabelecimento da guarda compartilhada não necessariamente os filhos passaram a residir de forma igualitária nas residências dos seus genitores, como já referido, pois a convivência da criança com os genitores será estabelecida de uma forma satisfatória, sem, contudo, deixar de estabelecer uma base de moradia.

Assim, havendo a chamada base de moradia, bem como o deferimento da guarda compartilhada em sua essência, tal fato se mostra determinante para a fixação de alimentos, sendo totalmente legal e justo o seu arbitramento.

Salienta-se que antes mesmos da alteração legislativa imposta pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, já houve decisão confirmando o dever de prestar alimentos quando do estabelecimento da guarda compartilhada. Neste mesmo sentido, o Agravo de Instrumento nº 70053239927, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MENOR. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS DEVIDOS PELO GENITOR. Inexiste restrição legal para a prestação de alimentos se a guarda é compartilhada. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento N° 70053239927, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 14/02/2013)

Consoante entendimento de Dias (2013) o estabelecimento da guarda compartilhada não evita que os alimentos possam ser fixados, até mesmo pelo fato de que os pais do menor nem sempre possuem as mesmas condições econômico-financeiras. Ademais, a não fixação de alimentos, especialmente quando não há o revezamento da guarda física, acaba por sobrecarregar um dos genitores. Em razão disto, além de não inexistir particularidade derivada de lei, aplica-se a normas e princípios gerais que se referem ao direito aos alimentos.

Da mesma forma, corroborando os entendimentos aqui expostos, Rosa (2015, p. 103) esclarece de forma brilhante que “é equivocada a ideia de que a Lei n. 13.058/2014 poderia eximir um dos pais do pagamento da prestação alimentícia

nem, ao menos, proporcionar-lhes redução na contribuição em curso”. Da mesma forma, Gimenez (2014) esclarece que

não passa de mera retórica daqueles que insistem em manter um sistema retrógrado e descolado da necessidade e anseio sociais, pois, por si só, a guarda compartilhada não implica em alteração dos alimentos pagos.

Sendo assim, diante de todo o exposto, verifica-se que o dever de prestar alimentos permanece intocável, podendo, inclusive, serem arbitrados e fixados normalmente, sendo que a alteração legislativa imposta pela Lei nº 13.058/2014 não foi capaz de mudar este entendimento, tendo em vista que ainda que a guarda compartilhada seja estabelecida, o Código Civil determina que deva ser estabelecido a base de moradia do menor, razão pela qual corrobora o entendimento de prestação de alimentos *in pecúnia*, enquanto o genitor que possuir em sua residência a base de moradia do filho, prestará alimentos *in natura*.

Em que pese este entendimento, importante referir também que ainda assim os alimentos deverão atender ao binômio: necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante.

Superado o tema do presente tópico, passa-se à análise da (im)possibilidade de imposição da guarda compartilhada, frente as situações fáticas.

4.4 A (im)possibilidade de imposição da guarda compartilhada frente as situações fáticas

Superadas todas as considerações a respeito do tema, importante trazer ao presente trabalho de conclusão de curso, a forma seguida pelos tribunais superiores, especialmente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na aplicação da guarda compartilhada através da alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014.

Como já tratado, a Lei 13.058/2014 alterou a sistemática da guarda no ordenamento jurídico, impondo que, via de regra, mesmo sem o consenso dos genitores, deverá ser aplicada a guarda compartilhada. Única exceção prevista legalmente é o fato de um dos genitores recusar esta forma de guarda compartilhada, ocasião em que será aplicada a guarda unilateral, a qual se tornou exceção.

Entretanto, após estudo da matéria e perfeito entendimento do conteúdo, nos deparamos com algumas questões que conduzem à conclusão que nem sempre

será permitida e, talvez benéfica à criança (princípio do melhor interesse da criança e adolescente), a aplicação da guarda compartilhada.

Sem sombra de dúvidas a presença continua de um pai e de uma mãe na vida de uma criança ou adolescente é essencial para o seu desenvolvimento humano e social. Contudo, algumas situações devem ser revistas, mesmo com a regra do compartilhamento das responsabilidades.

Afinal, a aplicação da guarda compartilhada em situações adversas à criança, atenderia o princípio do melhor interesse da criança e adolescente? A (im)possibilidade de aplicação da guarda compartilhada de acordo com a situação fática deve ser objeto de análise pelo juízo competente, a fim de garantir o bem estar da criança e adolescente.

Pois bem, a primeira situação que, por óbvio, poderia acarretar em uma situação não favorável à criança e adolescente, seria o fato dos genitores residirem em locais diversos, o que acabaria por dificultar, e muito, o compartilhamento de responsabilidades.

De forma totalmente acertada, há inúmeros julgados, afirmando que o Poder Judiciário deve negar o pedido de guarda compartilhada quando os genitores residirem em locais diversos. Neste sentido, Agravo de Instrumento nº 70064899990, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI Nº 13.058/2014. ALIMENTOS. [...]. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. No entanto, pelo menos por ora, tendo em vista, principalmente, a distância entre as cidades de residência dos genitores, descabido o estabelecimento da guarda compartilhada. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70064899990, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 10/09/2015)

Corroborando este entendimento, a Apelação Cível nº 70065362386, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

APELAÇÕES CÍVEIS. FAMÍLIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DA VERBA ALIMENTAR ARBITRADA EM FAVOR DA FILHA MENOR. CONCESSÃO DA GUARDA UNILATERAL EM FAVOR DA GENITORA. PRETENSÃO DE ESTABELECIMENTO DE GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE, NO CASO. HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO RESPEITANTE À VISITAÇÃO PATERNA DE FORMA LIVRE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. REDUÇÃO

DA VERBA HONORÁRIA. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. 1. [...] 3. Em que pese o disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14), as particularidades do caso não autorizam o estabelecimento da guarda compartilhada a pais que moram em diferentes unidades da federação (RS e DF), devendo ser mantida a concessão do encargo unilateralmente em favor da genitora, que exerce sua guarda fática desde o nascimento (ocorrido quando já rompido o relacionamento amoroso havido entre os pais), não tendo sido produzida prova técnica, nem apresentados durante a instrução indicativos de que o regime pretendido efetivamente viria a atender aos superiores interesses da criança, que necessariamente devem prevalecer. 4. [...] Sentença reformada no ponto. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DA AUTORA DESPROVIDO. APELO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível N° 70065362386, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 03/09/2015)

Outro fato que ocorre nas famílias – e talvez de forma mais acentuada naquelas em que o divórcio ocorreu de uma forma conturbada – é quando as desavenças e desentendimentos dos genitores não suportam o compartilhamento das responsabilidades (guarda compartilhada). Afinal, se genitores que discutem e se desentendem por qualquer motivo, sendo que muitas vezes a simples presença do outro bastaria para dar início à uma situação constrangedora, como estes poderiam conversar civilizadamente para acordarem e decidirem juntos o futuro do filho.

Como já referido, na guarda compartilhada se exige a conversa entre os genitores, a fim de decidirem juntos toda a vida do filho, seja escolhendo a escola, plano de saúde, atividades extracurriculares, entre outras.

A jurisprudência tem se manifestado neste sentido também, afirmando não ser possível a aplicação da guarda compartilhada sem a relação harmônica entre os genitores, sob pena de tornar ineficaz o compartilhamento das responsabilidades.

Sendo assim, segue ementa da Apelação Cível nº 70066073578, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. MODIFICAÇÃO DE GUARDA. DISPUTA ENTRE GENITORES. MELHOR INTERESSE DA INFANTE. Em que pese à legitimidade dos argumentos maternos, o contexto apresentado demonstra que a criança está bem atendida pelo genitor e a família paterna, inexistindo situação que justifique a troca de guarda. Igualmente descabe a guarda compartilhada, porque, embora seja a regra estabelecida pela Lei nº 13.058, de 22/12/2014, é preciso, para sua aplicação, que exista um relação harmônica entre os genitores, o que não é o caso dos autos. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível N° 70066073578, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 30/09/2015)

Da mesma forma, segue ementa da Apelação Cível nº 70065888786, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

ACÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. ALIMENTOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse da filha. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar a filha em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ela perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para a menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. 5. Cabe a ambos os genitores prover o sustento da prole comum, cada qual devendo concorrer na medida da própria disponibilidade. 6. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades da filha, dentro das condições econômicas do alimentante, sem sobrecarregá-lo em demasia. 7. A fixação dos alimentos em percentual sobre os ganhos do alimentante assegura o equilíbrio no binômio possibilidade-necessidade, garante reajustes automáticos e evita novos litígios entre o alimentante e a alimentada. Conclusão nº 47 do CETJRS. 8. Sendo a fixação provisória, o valor poderá ser revisto a qualquer tempo, bastando que venham aos autos elementos de convicção que agasalhem a revisão. Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento Nº 70065888786, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/09/2015)

Como visto, algumas situações têm feito com que os tribunais julguem de forma que a regra imposta pela Lei 13.058/2014 não seja absoluta. E de forma acertada isto tem ocorrido especialmente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelas diversas situações fáticas.

Tais julgamentos, através do presente trabalho, são considerados totalmente corretos, ao não aplicarem a guarda compartilhada de um modo que não se analise o caso. Em que pese a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014, esta modificação no ordenamento jurídico deve ser analisada com um olhar constitucional. Isto é, no momento em que a guarda compartilhada não atender o princípio do melhor interesse da criança e adolescente (previsto no artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil), como já referido, está não preenche a finalidade que se destina, devendo sua aplicação ser suavizada e mitigada.

Corroborando este posicionamento, segue ementa do Agravo de Instrumento nº 70065701716, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA.

DESCABIMENTO. EVIDENTE INCONVENIÊNCIA DA MODALIDADE NO CASO. 1. [...] 2. Quanto à incidência da nova legislação (Lei 13.058/2014), há que interpretá-la à luz dos princípios constitucionais superiores, em harmonia especialmente com o disposto no art. 227 da CF/88, que consagra o princípio do melhor interesse da criança. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento N° 70065701716, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 10/09/2015)

Diante do exposto, conclui-se o presente tópico, afirmando que realmente a guarda compartilhada não deve ser considerada uma regra absoluta, a partir da Lei 13.058/2014, especialmente pelo fato de que sua análise deve partir dos preceitos constitucionais, e através dos quais verificar a situação em favor do menor.

5 CONCLUSÃO

O direito de família, um dos ramos do direito civil, é considerado um dos ramos mais importantes, aos menos para mim, de todo o ordenamento jurídico. A guarda, como integrante do direito família, estabelece a forma em que os genitores terão responsabilidades sobre os filhos.

Portanto, como já tratado ao longo do presente trabalho, foi estudado os conceitos e origem histórica e etimológica do poder familiar, instituto do qual a guarda decorre. Após, foi a guarda de um modo geral e também a guarda compartilhada especificamente, a fim de trazer ao presente trabalho os meios necessários para um conclusão a respeito do tema escolhido.

Diante disto, conclui-se pela impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, mesmo com a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014 através da qual o compartilhamento das responsabilidades passou regra.

Como vimos, a guarda em um sentido amplo derivou a possibilidade jurídica dos genitores se separarem e divorciarem, razão pela qual o instituto foi criado a fim de regulamentar a forma de responsabilidade dos pais sobre os filhos.

A guarda compartilhada já existe há anos no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto somente com a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014 é que referido instituto passou a ser considerada a regra, mesmo quando há consenso entre as partes.

De uma certa maneira, parece simples a aplicação do instituto naqueles casos em que há o consenso dos genitores, especialmente pelo fato de imposição legal impondo sua aplicação como regra. Mas, analisando inúmeras situações fáticas, parece que aplicação da guarda compartilhada não atinge o fim e a necessidade que deveria.

Situações como o desentendimento contínuo e frequente dos genitores, residência em cidades diversas, entre outras situações, que por si só, impedem e impossibilitam a aplicação da guarda compartilhada. Tais situações tem feito, inclusive, com que a jurisprudência não tenha aplicado a guarda compartilhada.

Acertadamente, não se pode aplicar a guarda compartilhada em análise ao simples texto normativo da Lei 13.058/2014. A aplicação dos novos dispositivos legais deve ser feita sob viés constitucional. E é realmente a partir disto, que a própria Constituição Federal estabelece o princípio do melhor interesse do menor, não podendo ser esquecido tal princípio fundamental.

A guarda compartilhada visa, especialmente, garantir o melhor interesse da criança e adolescente, de acordo com as disposições previstas na Constituição da República Federativa do Brasil. Se este fim não é atingido, seja pela inexistência de relação harmônica entre os genitores ou residência em locais diversos, não há motivos para aplicação do instituto.

Em razão destes motivos, concluo o presente trabalho com a opinião de impossibilidade de aplicação do compartilhamento das responsabilidades – guarda compartilhada – frente a situações fáticas que demonstrem que a aplicação deste instituto não é a melhor maneira de se conduzir o processo de estabelecimento da guarda.

Assim, expostos todos os motivos e esclarecida toda a matéria, encerra-se o presente trabalho de conclusão de curso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BRASIL. *Código Civil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.
- _____. *Código Penal*. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. *Estatuto da criança e adolescente*. Distrito Federal: Brasília, 1990.
- CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos: na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000.
- CARVALHO, Dimas Messias de. *Ação e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar: comentários à Lei 11.698, de 13 de junho de 2008*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GIMENEZ, Angela. *A guarda compartilhada e a igualdade parental*. Disponível em <www.tjmt.jus.br/noticias/37024#.BJyZN14Dpg>. Acesso em 26 out. 2015
- GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. São Paulo, Saraiva, 2015.
- ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e adolescente*. São Paulo: Atlas, 2014.
- LÔBO, Paulo. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LÔBO, Paulo. *Do poder familiar*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 28 mai. 2015
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Juruá, 2002.
- OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Direito de família: aspectos sóciojurídicos do*

casamento, união estável e entidades familiares. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível nº 70049860968, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70065888786, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 23 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70063573299, da Oitava Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70053239927, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70064899990, da Oitava Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível nº 70065362386, da Oitava Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível nº 70066073578, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70065888786, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 28 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70065701716, da Oitava Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 28 out. 2015

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. Leme: Mizuno, 2015.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Forense, 2014.

SPENGLER, Fabiano Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Por Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

VENOSA, Silvio. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2012.

CURSO DE DIREITO

Angela Rejane Guidolin Newlands

**GUARDA COMPARTILHADA: CONDIÇÕES E (IM)POSSIBILIDADES DE SUA
IMPOSIÇÃO**

Santa Cruz do Sul
2015

Angela Rejane Guidolin Newlands

**GUARDA COMPARTILHADA: CONDIÇÕES E (IM)POSSIBILIDADE DE
SUA IMPOSIÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso,
modalidade monografia, apresentada ao
Curso de Direito da
Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto
Orientador

Santa Cruz do Sul
2015

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE

CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender ao disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus 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 Angela Rejane Guidolin Newlands adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul – RS, 03 de novembro de 2015.

Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto
Orientador

Ao meu marido e meus filhos, por todo apoio que recebi.

É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se aos pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.

(ROOSEVELT, Theodore)

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer ao meu querido e amado marido, Geraldo Haiml Newlands, que me apoiou durante toda esta jornada, depositando toda confiança em minha pessoa. Outrossim, dedico aqui algumas palavras em tom de agradecimento aos meus filhos que sempre se mostraram dispostos a me auxiliar nesta árdua batalha.

Aproveito a oportunidade para agradecer, ainda, aos Mestres, aos colegas do Curso de Direito da UNISC Santa Cruz do Sul, a todos os funcionários do referido estabelecimento educacional, não só pelos ensinamentos, mas também pela amizade, que certamente levarei comigo para o resto de minha vida.

Ainda assim, não poderia de agradecer ao Professor Theobaldo Spengler Neto, meu orientador, pela atenção e dedicação empreendida no auxílio ao presente trabalho.

Por fim, me sinto grata também a todas aquelas pessoas que me apoiaram no decorrer de minha faculdade, me apoiando e incentivando intensamente.

RESUMO

A presente monografia que traz consigo o recente tema “guarda compartilhada”, aborda a realidade prática da (im)possibilidade de sua imposição. No presente trabalho será aprofundado o estudo da guarda, não só nos moldes como se encontra atualmente, mas também a evolução histórico-normativa do instituto de direito de família, fazendo referência, ainda, aos diversos textos normativos em nível mundial a respeito do tema. O ponto crucial, é a recente alteração no instituto guarda, que estabeleceu a guarda compartilhada como regra – ao invés de exceção, como anteriormente –, fazendo com que passássemos a analisar a teoria e também a prática do instituto. Para a concretização deste trabalho de monografia, se utilizou o método de pesquisa bibliográfica das inúmeras doutrinas a respeito do tema, consistindo fundamentalmente na leitura e fichamento de doutrinas. Ademais, foi utilizado inúmeros julgados dos tribunais superiores, a fim de viabilizar a análise da aplicação da teoria na prática, diante de inúmeros casos. Deste modo, será abordado no primeiro capítulo a, sendo seguido pelo segundo capítulo com o título . Por fim, será tratada especialmente a guarda compartilhada, trazendo conhecimentos teóricos e práticos.

Palavras-chave: guarda; guarda compartilhada; (im)possibilidade de imposição.

ABSTRACT

This monograph brings the recent theme of "shared custody", addresses the practical reality of the (im) possibility of its imposition. In this work will be in-depth study of the guard, not only in the manner as is currently, but also the historical-normative development of family law institute, referring also to the various normative texts worldwide on the subject. The crucial point is the recent change in the guard institute, which established joint custody as a rule - rather than the exception, as before - causing us to spend examining the theory and also the practice of the institute. To achieve this thesis work, we used the method of literature review the numerous doctrines on the subject, consisting primarily in reading and BOOK REPORT doctrines. In addition, we used countless judged by higher courts in order to facilitate the analysis of the theory in practical application, in front of numerous cases. Thus, it will be discussed in the first chapter, followed by the second chapter with the title. Finally, it will be specially treated joint custody, bringing theoretical and practical knowledge.

Keywords: guard; shared custody; imposition of (im)possibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PODER FAMILIAR.....	11
2.1 Evolução histórica do Poder Familiar.....	11
2.2 Conceituação e características do Poder Familiar.....	18
2.3 Exercício do Poder Familiar.....	20
2.4 Extinção e suspensão do Poder Familiar.....	24
3 A GUARDA.....	31
3.1 Conceituação e evolução histórica do instituto guarda.....	31
3.2 Guarda unilateral.....	37
3.3 Guarda alternada.....	42
4 GUARDA COMPARTILHADA.....	45
4.1 Guarda compartilhada.....	45
4.2 Guarda alternada ou guarda compartilhada?.....	49
4.3 Alimentos na guarda compartilhada.....	51
4.4 A (im)possibilidade de imposição da guarda compartilhada frente as situações fáticas	55
5 CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho de conclusão de curso irá abordar a guarda compartilhada, estudando, com isto, o poder familiar, as formas de guarda e, por fim, a guarda compartilhada. Será abordada a conceituação dos institutos civis de direito de família, bem como a origem histórica e etimológica dos mesmos, além trazer inúmeros casos práticos a fim de elucidar a matéria.

Como se sabe, sobreveio ao ordenamento jurídico recente alteração legislativa, modificando a sistemática de aplicação da guarda compartilhada. Com isto, será abordado no primeiro capítulo o tema poder família, trazendo sua conceituação, bem como evolução histórica e etimológica, tratando para tanto as características, além de suas formas de suspensão e extinção.

Posteriormente, no segundo capítulo será abordado o tema guarda, trazendo ao presente trabalho de conclusão de curso as inúmeras formas de aplicação da guarda, seja unilateral ou alternativa, explicando os seus conceitos, breves diferenciações, conceitos e entendimentos jurisprudenciais.

Por último, será analisado no terceiro capítulo o tema específico da guarda compartilhada, objeto principal do presente trabalho, trazendo à baila assuntos como a guarda compartilhada em si, a diferenciação a ser feita entre a guarda compartilhada e a guarda alternada, os alimentos na guarda compartilhada, bem como o entendimento jurisprudencial a respeito, trazendo casos práticos que demonstram a (im)possibilidade de aplicação da guarda após verificação de algumas situações fáticas.

Sendo assim, será abordado neste trabalho, toda a matéria relativa a guarda compartilhada, demonstrando teórica e praticamente o conteúdo de forma acintosa, visando o melhor esclarecimento do tema.

2 O PODER FAMILIAR

No presente capítulo realizar-se-á uma abordagem teórica acerca do instituto chamado poder familiar, analisando-o a partir da antiga expressão “pátrio poder”, passando por sua evolução histórico-normativa, para chegarmos atualmente na expressão poder familiar. Será demonstrada e transcrita grande parte do texto normativo para ambos os casos, trazendo dispositivos legais já revogados e alguns ainda em vigência, a fim de esclarecer e demonstrar a evolução da norma, direcionando-a para os moldes atuais.

2.1 Evolução histórica do poder familiar

O pátrio poder teve origem especialmente no direito romano (Roma antiga), cuja civilização utilizava a expressão “pater famílias”, o qual era exercido sobre todos os membros da família, sejam os filhos, esposa e até mesmo os eventuais servos da família romana. Em resumo, o poder familiar era exercido sobre tudo aquilo que possuísse a propriedade pela família romana.

Ademais, a estrutura familiar, ganhava desde a Roma antiga a essência conhecida hoje, como sendo o meio de sustentação da coletividade como sociedade. Sendo assim, a centralização do poder familiar à luz do direito romano, que na presente hipótese era realizado na pessoa do pater na família romana, restava clara a dependência de toda a família, sem exceção, no chefe familiar, sendo estes totalmente dependentes.

Somente a título explicativo e exemplificativo, o chefe familiar possuía inúmeros direitos extremos em relação aos seus filhos, ferindo, inclusive, os direitos humanos. Entre eles os principais direitos extremos estão o “jus vitae et necis” que permitia ao chefe familiar de forma legal – sem ofender a legislação da época – a matar seu próprio filho, além do “jus exponendi”, cujo poder concedia ao chefe familiar a possibilidade de abandonar sua prole, quando recém nascida, nas hipóteses em que se verificasse alguma deficiência incurável, o que lhe tornaria inapta, de acordo com o entendimento pacificado à época, de manter-se livremente e independentemente, além da dificuldade futura em constituir sua própria família.

De forma totalmente lógica, com o passar dos anos, tais direitos totalmente extremos deixaram de existir, mas, que de qualquer forma, manteve-se em vigência na legislação romana por inúmeros anos, dando origem e inspirando às legislações

no restante do mundo, acerca do poder familiar.

Tratada esta parte inicial, em que foi aduzido brevemente o poder familiar no direito romano (Roma antiga), imperioso tratar também o poder familiar no antigo direito luso brasileiro, que conseqüentemente influenciou toda a evolução normativa da legislação.

Sendo assim, com nítida influência do direito romano (aduzido acima), na época da colonização do Brasil, após a sua descoberta pelo povo europeu, vigoravam leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal. Entre estas leis e decretos emitidos pelos reis de Portugal, vigorava no direito luso brasileiro o poder familiar exercido sobre os filhos – legítimos e legitimados, não alcançando os filhos naturais e bastardos –, o qual era compreendido como um pater famílias.

Madaleno (2015) ensina que a expressão utilizada, “pátrio poder”, induzia a uma interpretação através da qual se tendia que o pai possuía um poder gigantesco com relação ao filho, se mostrando contraditório este poder entre os cônjuges, visto que a mãe não possuía os mesmos direitos.

Por conseguinte, as características do poder familiar, podendo ser chamado no antigo direito luso brasileiro de pátrio poder, demonstra que somente o pai (chefe familiar) poderia exercer o poder sobre a família, não podendo e cabendo à mãe tais tarefas. Competia a esta apenas certos direitos referentes à subordinação dos filhos para com a mesma, em atenção as regras impostas, bem como à necessidade dos filhos manterem extremo respeito a figura da mãe.

Outrossim, importante ressaltar que, mesmo com o atingimento da maioridade (que à época alcançava-se aos 25 anos de idade), não ocorria a cessão do pátrio poder se os filhos ainda continuassem sob a dependência econômico-financeira do chefe familiar, hipótese que não se verificava quando da constituição de nova família pelo próprio filho.

Somente a título de elucidação, mas não menos importante para esclarecimento do tema, na época em que vigorava o direito luso brasileiro o poder familiar – pátrio poder – possuía inúmeras regras no tocante às questões patrimoniais dos filhos. Isto porque vigorava na legislação da época dispositivos que determinavam que tocava ao chefe familiar o usufruto e a propriedade do pecúlio profético (conjunto de bens pertencente ao chefe familiar, retirado de seu patrimônio e dado ao filho para administração deste).

Todavia, no que se referia ao pecúlio castrense (adquiridos por meio do serviço militar pelos filhos) ou quase castrense (similar ao anterior, mas adquiridos

através de atividade administrativo dos filhos na condição de funcionário do estado), caberia também ao chefe familiar o usufruto e a propriedade dos mesmos, incluindo aqui também a administração de tais pecúlios devidos aos seus filhos.

Já os pecúlios adventícios (bens adquiridos ou recebidos pelos filhos por meio de sucessão hereditária), caberia ao próprio filho a propriedade, cabendo ao chefe familiar tão somente o usufruto de tais bens. Gize-se que tal usufruto somente ocorria enquanto o chefe familiar estivesse exercendo o pátrio poder, pois, do contrário, seria exercido pelo próprio filho.

Entretanto, não eram submetidas as referidas normas aquele patrimônio adquirido pelo próprio filho através de sua atividade laboral, bem como o pecúlio adventício extraordinário, sendo este o patrimônio adquirido também pelo filho, mas que desde o a sua aquisição já recebia as características de uso e fruto, além da propriedade do mesmo.

Ainda, cabe trazer à baila, a característica que o pátrio poder possuía à época do direito luso brasileiro de ser vitalício e desempenhado unicamente pelo chefe familiar, via de regra, podendo ser extinto apenas com o preenchimento de pequenas hipóteses.

A regra da competência do chefe familiar para desempenhar o pátrio poder, foi “extinta” com o advento do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, cujo texto normativo tratava as normas para o casamento civil, estabeleceu que se o chefe familiar viesse a falecer, a viúva herdaria na condição de sucessora dos direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos menores, enquanto a mesma se conservasse na condição de viúva. Do contrário, caso a viúva cassasse novamente, ficaria impedida de administrar os bens dos filhos, nem como tutora ou curadora.

Neste sentido, vejamos o disposto no artigo 94 do Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, o qual dispõe o seguinte:

Art. 94. Todavia, si o conjuge fallecido for o marido, e a mulher não for binuba, esta lhe succederá nos seus direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos menores, emquanto se conservar viuva. Si, porém, for binuba, ou estiver separada do marido por culpa sua, não será admittida a administrar os bens delles, nem como tutora ou curadora. (sic)

Diante de tais mudanças, pode-se verificar um marco histórico na evolução normativa do pátrio poder, permitindo uma hipótese, ainda que restrita, para que a mãe, em algum momento, fosse a titular do pátrio poder – ainda que na condição de sucessora de um direito.

Ademais, a normatização do poder familiar ganhou novo avanço para o que atualmente é, nos primórdios da legislação civil, ainda quando da vigência do Código Civil de 1916, pois em tal legislação não existia o instituto do poder familiar. Naquela época, estava em vigência o chamado pátrio poder, nos termos do já revogado artigo 379 do antigo Código Civil de 1916, o qual segue abaixo transcrito:

Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

Como dito o *pátrio poder* foi previsto inicialmente no Código Civil de 1916, sendo aplicados na legislação pátria exatamente os termos do direito romano, sendo este, assim como no instituto romano *pater potestas*, exercido de forma incondicional e ilimitada pelo chefe da entidade familiar sobre seus filhos.

Assim, “o Código Civil de 1916 dispunha, em seu art. 379, que os filhos legítimos ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estariam sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 590)

Dias (2013, p. 434) lembra que

o Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher e, com isso, assumia ela o exercício do poder familiar com relação aos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade deles. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio poder (CC/1916 393)

Dias (2013, p. 434) acrescenta que

o Estatuto da Mulher Casada (L 4.121/62), ao alterar o Código Civil de 1916, assegurou o pátrio poder a ambos os pais, mas era exercido pelo marido com a colaboração da mulher. No caso de divergência entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, podendo a mãe socorrer-se da justiça.

Referida terminologia acabou por cair de vez em desuso somente após a promulgação do novo Código Civil de 2002.

Madaleno (2013) afirma que o instituto conhecido anteriormente como pátrio poder passou a afrontar diretamente a doutrina pela qual possuía como fundamento basilar a proteção integral dos filhos, razão pela qual o ordenamento jurídico, através

da promulgação de nova legislação civil, decidiu instituir o poder familiar, sendo este uma verdadeira tradução do dever/poder de ambos os pais de conduzirem os filhos, estabelecendo uma autoridade pessoal e patrimonial sobre os mesmos.

A nova denominação de poder familiar nada mais é do que a nova roupagem dada ao pátrio poder, cuja expressão remete ao direito romano, no qual era denominado *pater potestas*, aquele poder ilimitado e absoluto desempenhado pelo chefe da entidade familiar sobre os seus filhos. (RODRIGUES, 2004)

Ademais, como sabemos a atual Constituição Federal, adotando o princípio da isonômica, reconheceu tratamento igualitário tanto ao homem como à mulher. Deste modo, ao garantir direitos e também estabelecer direitos, na forma do artigo 226, §5º, da Constituição Federal, o qual segue colacionado abaixo, concedeu a ambos os pais a possibilidade de exercerem de forma conjunta o poder familiar, sem preterição de um ou outro na tomada de decisões.

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

[...]

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

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e Adolescente foi categórico ao estabelecer a quem cabe o exercício do poder familiar, cujo artigo 21 dispõe que

o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Dias (2013, p. 434), no tocante à conotação negativa trazida e estabelecida pelo vocábulo *pátrio poder*, ensina que

a conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu, daí o novo termo: poder familiar.

A partir de então, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a pressão exercida pela atualização cultural, em que a família estava em plena fase de transição, passando ambos os pais a tomarem as decisões relacionadas aos filhos, sendo considerado um processo natural de evolução da sociedade, o Código Civil de 2002 acompanhou as disposições constitucionais prevendo que o exercício do

poder sobre os filhos passaria ser exercido por ambos os pais, recebendo o nome de poder familiar.

Outrossim, complementa Dias (2013, p. 434) afirmando que “a emancipação da mulher e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança”, consistindo na concretização de direitos, já que a mulher passou a tomar as decisões em conjunto acerca de seus filhos, não tendo mais que acatar as decisões impostas pelos pais.

Sendo considerada grande atualização não só jurídica e legal, mas também espiritual e cultural, o Código Civil de 2002 aboliu a expressão *pátrio poder*, com o fim de ampliar a expressão para poder familiar, sendo este desempenhado por ambos os pais – leia-se, pais e mães –, sendo estes os responsáveis e legítimos a desempenharem o poder familiar de forma adjacente.

Neste sentido, temos a redação do artigo 1.631 do novo Código Civil de 2002, o qual passou a prever o poder familiar, sendo este um instituto pelo qual previu-se a isonomia entre os pais, como dito acima, sendo estes os responsáveis e legítimos a desempenharem de forma adjacente a responsabilidades pelos filhos menores de idade.

Mas claro, devo ressaltar que não poderia ser considerado nenhum aprimoramento terminológico se tal fato ocorresse somente com relação à nomenclatura do instituto, estando em total e gigantesca dissonância da evolução cultural das famílias.

Neste sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 590) ensina que

por isso, mais importante do que o aperfeiçoamento linguístico, é a real percepção, imposta aos pais e mães deste país, no sentido da importância jurídica, moral e espiritual que a sua autoridade parental ostenta, em face dos seus filhos, enquanto menores.

Dias (2013, p. 435) explica, ainda, que com a notável alteração no instituto familiar, este “deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles”.

Outro fato que merece o devido apontamento no presente trabalho, é a novíssima visão criada a respeito da forma de criação dos filhos, tendo como marco não só este aprimoramento do instituto, mas especialmente através da atualização cultural que a sociedade vivenciou. Anteriormente, possuía-se uma ideologia de que

a criação dos filhos era regida pela hierarquia do pai, sendo centralizado na pessoa deste as decisões pessoais e patrimoniais dos filhos.

Rosa (2015, p. 16) ensina que

antes vivia-se uma lógica da hierarquia, imposição e castigo, na medida em que a experiência familiar era realizada a partir do pai, em lugar superior inclusive ao da genitora. As diretrizes familiares eram impostas pelo pai, sentado à ponta da mesa, pouco participativo (e, muitas vezes, pouco comunicativo também), que, provedor, tinha voz absoluta. Por último, a característica do castigo era vivenciada toda vez que os ditames do chefe da família não eram seguidos. Devemos lembrar que, no período anterior a 1988, a doutrina existente para os direitos da infância era da situação irregular, que percebia a criança como mero objeto e não sujeito de direito [...], sendo que o castigo corporal era incentivado, até mesmo socialmente.

Como visto, anteriormente a criança era considerada apenas um mero objeto, não sendo considerada um sujeito de direito, fato que se mostra totalmente contrário da forma em que ocorre atualmente. A criança, nos dias atuais, é sujeito de direitos, vigendo o princípio da proteção integral entre outras normas protetoras das crianças e adolescentes, razão pela qual os castigos – corporais, mentais e psicológicos –, na proporção em que eram utilizados e incentivados pela sociedade, deixaram de serem legítimos e aplicáveis.

Por fim, Rosa (2015, p. 17) explica o seguinte:

hoje vive-se, no seio familiar, uma época de horizontalidade dos arranjos construídos e do diálogo. A inserção da mulher no mercado de trabalho, sua autonomia financeira e, também, o novo comportamento do homem na criação dos filhos trouxeram à rotina das famílias um ambiente em que ambos os pais decidem não apenas a melhor época para serem pais, mas também toda a rotina da prole em conjunto. O exercício da parentalidade hoje é um constructo diário e diuturno que, diante das necessidades dinâmicas da prole, impulsionadas muitas vezes pela lógica do mercado, faz que os interesses dos filhos sejam, muitas vezes, construídos com esses e não apenas entre os genitores de forma impositiva.

Complementa, ainda, que

[...] esse novo tempo nas entidades familiares justifica a adoção do termo “função familiar” relativo à designação do que, em nossa codificação civil, encontra-se expresso como poder familiar. Esse instituto, conforme acima exposto, serve muito mais ao inovador espaço dos genitores no interesse positivo dos filhos, do que se pensado como poder, noção esta que afasta e, por certo, não atende às diretrizes do melhor interesse das crianças e adolescentes.

Sendo assim, tratado este assunto até o presente momento, estas foram as principais modificações ocorridas no poder familiar, conceitualmente e historicamente, cabendo aqui, somente ressaltar tais fatos, os quais foram julgados

pertinentes ao presente trabalho de conclusão de curso, com o fim de esclarecimento da matéria principal.

2.2 Conceituação e características do poder familiar

Considerando as argumentações trazidas acima, podemos ter breves conceitos acerca do poder familiar. Entretanto, no presente ponto conceituaremos especificamente o poder familiar, abordando as conclusões doutrinárias acerca do tema.

Deste modo, importante trazer à baila a conceituação basilar do poder familiar, a qual é utilizada no atual regramento jurídico a respeito do tema. Pois, embora tratado a origem histórica e terminológica do instituto, imperiosa é a denominação neste momento de um conceito atual do instituto e que esteja em extrema vigência no nosso ordenamento jurídico.

Conforme Rosa (2015) explica o atual poder familiar é popularmente conceituado pela doutrina como uma responsabilidade atribuída aos genitores, enquanto perdurar a menoridade da prole, representando-se em um nítido *múnus público*. Tal responsabilidade, em sua essência, é um poder-dever a ser exercido pelos genitores em face de sua prole, no tocante ao desenvolvimento e a educação.

Conclui Rosa (2015, p. 15) que o poder familiar “representa, ainda, um dever dos pais em relação aos filhos e um direito em relação a terceiros”.

Sendo assim, poder-se-ia aduzir que o poder familiar, pelas suas características, aparenta ser muito mais um dever do que simplesmente um poder relacionado aos pais sobre seus respectivos filhos. O poder familiar, também muito chamado de autoridade parental pela doutrina, passou a ter roupagem de um *múnus*, sendo mais correto chamarmos este instituto de direito de família de dever familiar ou função familiar.

Ademais, os filhos passaram de objeto de poder a sujeitos de direito. Havendo essa inversão, ensejou severa alteração no teor do poder familiar, especialmente em razão do interesse social envolvendo os menores. Pois, não se trata mais de um exercício de autoridade e domínio, mas sim de uma incumbência legal imposta aos pais, devendo ser rigorosamente e fielmente cumprida nos seus exatos termos (VENOSA, 2012).

O poder familiar sempre foi objeto de exemplo com o fim de esclarecer real noção de direito-dever ou poder-função, sendo nítido marco consagrador da teoria

funcionalista previsto pelas normas de direito de família, cuja teoria resume-se no poder/dever que é exercido pelos pais sobre seus filhos, mas que possui caráter benéfico aos interesses destes. (OLIVEIRA; MUNIZ, 2002)

Tartuce (2012, p. 1191, grifo próprio) lembra que

o poder familiar é uma decorrência do vínculo jurídico de filiação constituindo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto. Anote-se que parte da doutrina prefere o termo **autoridade parental**, constando proposta e alteração das expressões no estatuto das famílias (PL 2.285/2007). Nessa linha, nas justificativas da proposição é expresso que o termo autoridade se coaduna com o princípio de melhor interesse dos filhos, além de contemplar a solidariedade familiar.

Já no que tange às características do poder familiar, Dias (2013, p. 436, grifo próprio) ensina que “o poder familiar é **irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível**, e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva”. Acrescenta, ainda, Dias (2013, p. 436, grifo próprio) que “as obrigações que dele fluem são **personalíssimas**”.

Assim, o poder familiar é irrenunciável, vez que os genitores não podem abdicar-se de tal responsabilidade, pois, como já tratado, configura-se verdadeiro dever-função; Da mesma forma, é imprescritível o poder familiar, tendo em vista que o seu não exercício por determinado lapso temporal, não faz com que os genitores percam tal condição, a qual somente ocorrerá nas hipóteses que serão tratadas no tópico adequado.

Por conseguinte, o poder familiar também é inalienável e intransferível, considerando que tal responsabilidade não pode ser passada pelos genitores a outras pessoas, tanto na forma onerosa, como na forma gratuita.

Com relação à irrenunciabilidade do poder familiar, Rosa (2015, p. 18) explica com certa propriedade que referido caráter

noticia a aproximação aos direitos fundamentais especiais dos filhos. Nota-se, aqui, que o direito fundamental gera um correspondente dever de igual categoria. Não é admissível, juridicamente, “renunciar a um dever”, especialmente quando se refere a um dever que corresponde a um direito fundamento alheio.

Ao final, Lôbo (2011) elucida que assim como os genitores não podem renunciar aos filhos, todo e qualquer encargo legal oriundos da paternidade, da mesma forma, não podem ser transferidos ou alienados, mesmo que realizado a

parentes.

Seguindo a mesma ideologia, “as crianças e adolescentes não podem renunciar aos pais, porque não lhes cabe, expressamente, abdicar direito de direitos fundamentais”. (ROSA, 2015, p. 18)

Outrossim, é nula a renúncia ao poder familiar, não podendo os genitores agirem de tal forma. Hipótese de ocorrência disto, é a delegação do exercício do poder familiar a terceiros, preferencialmente um membro da família. (LÔBO, 2011).

Com isto, o Estatuto da Criança e Adolescente estabeleceu o princípio da proteção integral, tanto de crianças, como também de adolescentes, emprestando nova configuração ao instituto em comento.

Tanto é que o próprio Estatuto da Criança e Adolescente, em seu artigo 249, o qual segue abaixo colacionado, previu pena de multa de três a vinte salários de referência em caso de descumprimento dos deveres referente ao poder familiar, não importando se for de forma dolosa ou culposa.

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:
Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Assim, sucintamente demonstradas as características do poder familiar e possíveis consequências com eventuais descumprimentos, concluímos o presente ponto aduzindo que o poder familiar atualmente é aquele dever-função que os pais possuem sobre seus filhos de manterem e tomarem decisões totalmente favoráveis às crianças e adolescentes, visando sempre o melhor a estes, em razão da expressa previsão legal do princípio da proteção integral.

2.3 Exercício do poder familiar

O exercício do poder familiar é previsto, como já narrado, desde o Código Civil de 1916 – ainda que na sua forma primitiva denominada *pátrio poder* –, cujo diploma legal já revogado previa em seu artigo 380 o seguinte

Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

Já no Código Civil de 2002, o artigo 1631 estabelece que tanto no casamento,

como na união estável, incumbe o exercício do poder familiar à ambos os pais, sem qualquer distinção entre um ou outro, podendo ser exercido com exclusividade por apenas um dos genitores, desde que no impedimento ou também na falta de um deles.

É neste sentido que Tartuce (2012, p. 1191, grifo próprio) ressalta que

o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, não sendo mais o caso de se utilizar, em hipótese alguma, a expressão **pátrio poder**, totalmente superada pela **despatriarcalização do direito de família**, ou seja, pela perda do domínio exercido pela figura paterna no passado. Eventualmente, em casos de família homoafetiva, o poder familiar pode ser exercido por dois homens ou por duas mulheres, sem qualquer ressalva no tratamento da matéria.

Vejamos o disposto no artigo 1631 do Código Civil de 2002:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Como bem explica Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 592),

vale ainda observar, na perspectiva constitucional do princípio da isonomia, não haver superioridade ou prevalência do homem, em detrimento da mulher, não importando, também, o estado civil de quem exerce a autoridade parental.

Como exemplo do ensinamento colacionado acima, em que o estado civil de um dos pais que exerce a autoridade parental não ocasionará a perda desta característica, especialmente quando ocorre a concepção de novo matrimônio, podemos citar o artigo 1.636 do Código Civil de 2002, o qual estabelece que não há o perdimento do poder familiar quando um dos genitores contrai novas núpcias ou estabelece nova união estável. Vejamos:

Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteira que casarem ou estabelecerem união estável.

Aliás, como já tratado, devemos lembrar que o parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil, aduzindo que “divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do

desacordo”.

Sendo assim, a respeito do exercício do poder familiar, devemos ressaltar o que Dias (2013, p. 436) explica com grande valia, senão vejamos:

todos os filhos, de zero a 18 anos, estão sujeitos ao poder familiar, que é exercido pelos pais. Falecidos ou desconhecidos ambos os genitores, na contramão de tudo que vem sendo construído pela doutrina da proteção integral, os filhos ficarão sob tutela (CC 1.728 I). O filho maior, mas incapaz, está sujeito à curatela, podendo o pai ou a mãe ser nomeado curador (CC 1.775 §1º)

Portanto, devo salientar neste momento que o poder familiar que possuem os genitores encontra-se disciplinado no Código Civil de 2002, o qual foi categórico ao estabelecer as obrigações e limites confiados aos pais, no pleno exercício da referida autoridade parental.

Destarte, o artigo 1.634 do Código Civil aponta em seu caput que “compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos”.

Além do mais, os incisos do referido dispositivo legal, preveem o seguinte:

[...]
 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;

Por fim, mas não tão menos importante, dos incisos VII a IX, estabelecem o seguinte:

[...]
 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.

Como visto, os seis primeiros incisos, pela sua própria redação, são de simplificada intelecção, os quais reforçam a ideia já trazida à baila aduzindo que o poder familiar se manifesta como uma prerrogativa dos genitores, havendo motivos para a sua existência o princípio da proteção integral do menor.

Já com relação ao inciso IX, Lôbo (2010) ensina o seguinte:

tenho por incompatível com a Constituição, principalmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1.º, III, e 227), a exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a "serviços próprios de sua idade e condição", além de consistir em abuso (art. 227, § 4.º). Essa regra surgiu em contexto histórico diferente, no qual a família era considerada, também, unidade produtiva e era tolerada pela sociedade a utilização dos filhos menores em trabalhos não remunerados, com fins econômicos. A interpretação em conformidade com a Constituição apenas autoriza aplicá-la em situações de colaboração nos serviços domésticos, sem fins econômicos, e desde que não prejudique a formação e educação dos filhos.

No que tange, ainda, ao inciso IX do citado dispositivo previsto no Código Civil de 2002, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p.593) afirma que

de fato, a parte final do dispositivo, tal como redigida, subverte a lógica do sistema que espera, do menor, não um potencial imediato de exercício de capacidade laborativa, mas, sim, e principalmente, exercício de tarefas compatíveis com o seu estágio de desenvolvimento, especialmente no âmbito da sua educação.

Seguindo este entendimento, podemos afirmar que “à vista do exposto, a exigência de serviços além dos limites do razoável poderá caracterizar a exploração da mão de obra infantil e do adolescente” lembrando que em caso de ser verificada a ocorrência disto poderá ensejar a aplicação das sanções correspondentes. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 594).

Por fim, analisando o dispositivo legal já citado, o qual estabelece os deveres e as obrigações dos genitores sobre seus filhos na vigência do poder familiar, podemos verificar que referidos incisos se tratam de um rol exemplificativo, especialmente pelo fato de que os principais e tão importantes deveres destes não foram previstos. Isto porque, o dever dos genitores sobre seus filhos também incide no dever de fornecer carinho, amor e afeto. (DIAS, 2013)

Destarte, “a missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial” (DIAS, 2013, p. 440). Ocorre que a essência do poder familiar impõe a afetividade responsável que liga os genitores de sua prole, sendo resultado disto o afago, o cuidado, o carinho, e, em resumo, a convivência no seio familiar.

Embora o texto legal não tenha previsto expressamente tais deveres dos genitores, estes se encontram implicitamente nos textos legais, afinal toda a proteção prevista pelo legislador, foi fruto da ideia de primar pela proteção integral

da criança e adolescente. Em resumo, a proteção e o bem-estar da criança e adolescente, primando por isto na convivência de seus familiares, é um dever dos genitores, que através das obrigações impostas pelo poder familiar, devem zelar pela sua correta e eficaz ocorrência e manutenção.

Deste modo, concluímos o ponto que recebeu a nomenclatura de exercício do poder familiar, analisando, ainda que sucintamente, os limites impostos pela lei quando do exercício da autoridade parental por quem a legalmente, sendo esta prerrogativa estritamente ligada ao interesse existencial do próprio menor, além do princípio da proteção integral da criança.

Passar-se-á neste momento à análise das formas em que poderão ocorrer a extinção, suspensão e destituição do poder familiar.

2.4 Extinção e suspensão do poder familiar

Neste momento, passaremos a abordar o tema denominado de extinção, suspensão e destituição do poder familiar, mediante a apresentação de casos práticos, colacionando ementas jurisprudenciais, além de abordar os dispositivos legais e ensinamentos doutrinários.

Como se sabe e já abordado no presente trabalho, o poder familiar, chamado por alguns doutrinadores de autoridade parental, mostra ser um dever dos genitores, o qual deve ser desempenhado visando sempre o interesse e proteção dos filhos. Deste modo, o legislador achou por bem entender que o Estado deveria ter o poder e a legitimidade, através dos órgãos públicos – como, por exemplo, o Ministério Público –, para adentrar no âmbito familiar, visando a defesa da criança e adolescente.

Outrossim, a legislação brasileira previu hipóteses em que poderá ocorrer a extinção, suspensão e destituição do poder familiar, caracterizando algumas medidas a serem tomadas quando da ocorrência dos fatos geradores de legítimas sanções. Dias (2013, p. 444) lembra que

o intuito não é punitivo – visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Assim, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a suspensão do poder familiar.

Sendo assim, a primeira hipótese a ser tratada é a **extinção** do poder familiar, a qual é prevista expressamente no vigente Código Civil. Pois bem, nos termos do artigo 1.635 do Código Civil, a extinção do poder familiar poderá ocorrer de diversas formas, ainda que por razão não imputável (voluntariamente) a algum dos genitores, dentre as quais estão previstas as seguintes:

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

Assim, sendo verificada qualquer destas hipóteses previstas no rol acima transcrito, o poder familiar dos pais sobre os filhos deixará de existir. Entretanto, devemos lembrar que o perdimento do poder familiar poderá acontecer em virtude de condutas graves, não importando se dolosas ou culposas, ocasião em que o magistrado poderá decretar, em procedimento iniciado pelo Ministério Público, nos termos dos artigos 155 e 163 do Estatuto da Criança e Adolescente, a destituição do poder familiar, desde que respeitados as garantias constitucionais, especialmente o direito à ampla defesa e contraditório. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

Neste sentido, dispõe o artigo 1.638 do Código Civil, senão vejamos:

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

A respeito do citado dispositivo legal, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 596) ensinam de forma única que

trata-se, em tais casos, de uma verdadeira sanção civil, grave e de consequências profundas. A forma como foi redigida a previsão do art. 1.638, remetendo ao inciso IV do art. 1.637, CC-02, é uma inovação do vigente Código Civil brasileiro (sem correspondente imediato no CC-16), referindo-se à possibilidade de perda do poder familiar na reiteração de suspensão do poder familiar, caso em que o juiz, no exercício do poder geral de cautela, sem alijar o pai ou a mãe em definitivo da sua autoridade parental, obsta o seu exercício.

Outrossim como vimos, poderá ocorrer a extinção quando reiteradamente os pais sofrerem pena de suspensão do poder familiar, o que poderá ocorrer quando

faltarem com os deveres inerentes aos filhos, desrespeitando-os, além de arruinar eventuais bens destes.

O artigo 1.637 do Código Civil de 2002 estabelece que

Art. 1.637. [...].

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.

Em atenção ao dispositivo legal citado acima, devemos fazer referência à outra hipótese de perdimento do poder familiar, o qual pode ser destituído hipótese em caso de emissão de decreto condenatório em favor de um dos pais pela prática de crime praticado contra o filho, sendo efeito da própria condenação criminal.

Nesse ínterim, o artigo 92 do Código Penal estabelece que:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

[...]

II - A incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

[...]

Ainda a respeito do tema, importante frisar o Artigo 92, parágrafo único, do Código Penal (grifei), que estabelece que “os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença”.

De outra banda, importante aqui salientar a diferenciação que se deve fazer a respeito dos termos **extinção** e **perda** realizada por alguns doutrinadores, mas não havendo grande seguimento desta teoria pela maioria. Dias (2013, p. 446) lembra que “perda é uma sanção imposta por sentença judicial, enquanto a extinção ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo”. Ainda assim, há no Código Civil a utilização destas expressões sem distinções, o que nos impossibilita de mantermos esta divisão, o que me parece serem utilizados como sinônimos.

Outro fato que merece destaque é o disposto no já citado artigo 1.636 do atual Código Civil de 2002, o qual segue colacionado novamente: “o pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”.

Da mesma forma, o artigo 1.636, parágrafo único, do Código Civil de 2002, estabelece que “igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à

mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável”.

Por fim, após trazermos à baila importantes considerações acerca da extinção do poder familiar, devemos salientar a possibilidade elencada pela doutrina, da qual também compartilho, de admitir a revogação de tal medida. Pois, como lembra Gomes (2012), que a decretação da perda do poder familiar não deve ter como consequência prática o afastamento permanente dos pais em relação aos seus filhos, o que poderia acabar por afetar o desenvolvimento do menor, a depender do caso prático.

Assim, o perdimento do poder familiar, da mesma forma como pode ser decretado visando o melhor do menor, entendemos também ser possível a revogação de tal medida, vez que o perdimento não deve ter como fim atingir o menor com a ausência de um dos genitores. Como já referido, devem as decisões a respeito do tema sempre visar o melhor interesse do menor, seja decretando o perdimento ou revogando a medida que o decretou.

Com isto, outra hipótese que será tratada no presente tópico, será a **suspensão** do poder familiar, sendo tal medida considerada menos gravosa com relação à extinção, visto que poderá haver uma revisão do ato judicial que a decretar.

Como já amplamente tratado, a revisão da suspensão do poder familiar poderá ocorrer sempre visando o interesse das crianças e adolescentes, oportunidade em que a convivência no seio familiar será analisada como meio de atender de forma eficaz os interesses destes. Tanto é que a suspensão possui caráter facultativo, podendo, de acordo com o caso prático, o magistrado deixar de aplicar tal medida, primando pelo bem-estar da criança e do adolescente. (RODRIGUES, 2004)

Ressalta Dias (2013, p. 445) que a suspensão do poder familiar

pode ser decretada com referência a um único filo e não a toda prole. Também pode abranger apenas algumas prerrogativas do poder familiar. Em caso de má gestão dos bens dos menores, é possível somente afastar o genitor da sua administração, permanecendo ele com os demais encargos.

Portanto, a suspensão do poder familiar é prevista no artigo 1.637 do novo Código Civil de 2002, o qual prevê o seguinte:

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.

Sendo assim, “a suspensão do exercício do poder familiar cabe nas hipóteses de abuso de autoridade (CC 1.637): faltando os pais aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos”. (DIAS, 2013, p. 446).

Com isto, nos termos do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, cuja redação foi incluída pela Emenda Constitucional nº 65/2010, são deveres dos pais garantirem aos jovens, adolescentes e crianças o sustento, educação e guarda.

Para tanto, o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que os genitores deverão assegurar aos filhos, com incondicional primazia, os direitos “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”, bem como “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, o que, do contrário, poderão sofrer com as consequências da perda ou suspensão do poder familiar.

Entretanto, a respeito não só da extinção como também da suspensão do poder familiar, devemos lembrar que

ainda que, de modo expresse, tenha o genitor o dever de sustento da prole, o descumprimento desse encargo não justifica a suspensão do poder familiar, pois a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda nem para a suspensão do poder familiar. (Dias, 2013, p. 446)

Nesta seara, importante lição nos traz o artigo 23 do Estatuto da Criança e Adolescente, o qual segue abaixo transcrito.

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

§ 1º. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

§ 2º. A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

Como visto, a falta ou carência de recursos não servirá como fundamento para a perda ou suspensão do poder familiar. Tanto é que Teixeira e Ribeiro (2008,

p. 265), tratando do artigo 23 do Estatuto da Criança e Adolescente, lembram que

[...] a insuficiência ou falta de recursos financeiros não constituem razão suficiente para a suspensão ou perda do poder familiar, conforme estabelece o art. 23, ECA, pois o mais relevante é que o melhor interesse da criança e do adolescente se concretize, e este abrange interesses que vão muito além das condições materiais, embora esta, por óbvio, seja relevante.

Outrossim, como já narrado acima, o artigo 1.637, parágrafo único, do Código Civil de 2002, o qual segue novamente colacionado abaixo, prevê hipótese de suspensão do poder familiar em caso de condenação irrecorrível em razão da prática de crime, cuja pena aplicada seja superior a dois anos.

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.

É neste sentido que Dias (2013, p. 446) rebate com grande inteligência o dispositivo legal acima tratado, aduzindo que

desarrazoada a suspensão do poder familiar em face de condenação do guardião, cuja pena exceda a dois anos de prisão (CC 1.637 parágrafo único). Tal apenação não implica, necessariamente, em privação da liberdade em regime fechado ou semiaberto, porquanto a lei penal prevê o cumprimento a pena igual ou inferior a 4 anos em regime aberto (CP 33 § 2º c), sem falar na possibilidade de substituição da pena por sanções restritivas de direitos (CP 44).

Conclui, ainda, Dias (2013, p. 446), afirmando que ainda assim, caso não ocorra nenhuma das hipóteses acima descritas, existem em diversos estabelecimentos prisionais femininos as creches, local em que as mães presas poderão ficar com seus respectivos filhos em sua companhia, no mínimo quando estes forem de tenra idade. Sendo assim, se torna imperioso concluir que, considerando que a suspensão visa atender de forma prioritária ao interesse da criança e adolescente, se torna descabida a imposição da suspensão do poder familiar de forma discricionária, sem analisar o que mais convém a estes.

Por fim, devemos lembrar que tanto a suspensão, como a perda do poder familiar através da destituição, ocorrerá por meio de competente ação judicial para este determinado fim. Gize-se que a ação judicial visando a suspensão ou destituição do poder familiar, verificada uma das hipóteses tratadas acima, poderá ser ajuizada por um dos genitores em desfavor do outro, bem como poderá ser

proposta pelo Ministério Público, o qual possui legitimidade para tanto, nos termos do artigo 201, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em desfavor de um ou de ambos os genitores. (DIAS, 2013)

Entretanto, como se sabe, o Conselho Tutelar possui legitimidade e atribuições para representar o Ministério Público nas ações de perda e suspensão do poder familiar, consoante artigo 136, inciso XI, do Estatuto da Criança e Adolescente. Porém, tal representação, não abrange e confere ao Conselho Tutelar legitimidade para propor a respectiva ação judicial visando à suspensão ou perda do poder familiar (DIAS, 2013).

Sendo assim, concluímos o presente tópico analisando as formas de extinção, suspensão e destituição do poder familiar pela perda desta prerrogativa legal, trazendo casos práticos e teóricos a respeito do tema.

Deste modo, passar-se-á à análise do instituto de direito civil denominado guarda, o qual é decorrente do poder familiar, conforme será visto a seguir.

3 A GUARDA

No presente capítulo será analisado o instituto de direito de família denominado guarda, abordando inicialmente a conceituação e evolução histórica da guarda, suas divisões em unilateral e bilateral, sendo a guarda compartilhada estudada em campo próprio, em razão da especificidade do tema, o qual é o objeto principal do presente trabalho.

Destarte, devo salientar neste momento que a guarda a ser tratada no presente capítulo se refere ao instituto de direito de família decorrente pela sua própria natureza da autoridade parental – poder familiar – exercido pelos genitores, não devendo ser confundida com a medida prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê a colocação em família substituta.

3.1 Conceituação e evolução histórica do instituto guarda

A expressão guarda, instituto de direito de família, como se sabe, é proveniente da Alemanha, na qual seus juristas aduziam a respeito do tema referindo-se à *warten*, sendo a partir de então utilizada pelo inglês como *warden* e posteriormente pelo francês *garde*, tendo todas estas dominações o significado de vigilância ou administração sob as proles provenientes do casal que a detinham. (Silva, 2014)

De outra forma, o vocábulo, sem a utilização e denominação específica deste instituto de direito de família, era utilizado para denominar alguém que havia sido nomeado para vigiar e defender algo ou alguma pessoa que estaria e deveria estar amparada de qualquer mau que poderia lhe ocasionar dano ou prejuízo.

Sendo assim, a guarda poderá ser conceituada, em razão dos próprios deveres impostas pela legislação envolvendo o poder familiar, como uma obrigação que ambos os genitores possuem de desempenhar toda e necessária atividade visando a cuidar suas proles, em atenção e obediência, como já tratado, ao princípio da proteção integral da criança e adolescente e melhor interesse social do menor.

Carbonera (2000, p. 46) conceitua a guarda como

um instituo jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele

necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

Assim, a guarda deve ser compreendida em decorrência do poder familiar, através do qual um familiar possui a prerrogativa de auxiliar não só financeiramente e economicamente à criança e adolescente, mas também fornecendo carinho, educação, supervisão e afeto.

A guarda teve grande valor em duas ocasiões distintas no direito brasileiro, recebendo previsão na legislação pátria em duas oportunidades, as quais consistem na guarda prevista quando da dissolução da sociedade conjugal e dissolução da união estável – instituto que será empreendida maior ênfase, em razão de ser o objeto principal do presente trabalho –, bem como do instituto previsto no Estatuto da Criança e Adolescente, como já referido. (FILHO, 2010)

Com isto, a primeira previsão legal existente no direito brasileiro a respeito da guarda, adveio com o Decreto 181, de 1890, cujo artigo 90 estabelecia que:

a sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.

Já com nova previsão legal, desta vez realizada no Código Civil de 1916, Grisard Filho (2010, p. 58, grifo próprio) ensina que

cuidando da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa e dos filhos, distinguiu as hipóteses de dissolução amigável e judicial e mandava, por seu art. 325, observar, na primeira, “o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos” e, na última, na previsão do art. 326, distintamente, conforme houvesse culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura, o sexo e a idade dos filhos.

Grisard Filho (2010, p. 59) lembra que referido esquema visando estabelecer critérios para a fixação da guarda dos filhos quando da dissolução da sociedade conjugal e da união estável era realizado da seguinte forma:

a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; b) sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, que, depois dessa idade, seriam entregues ao pai; c) os filhos maiores de seis anos de idade eram entregues à guarda do pai; d) havendo motivos graves, o juiz, em qualquer caso e a bem dos filhos, regulava de maneira diferente o exercício da guarda.

Entretanto, devo referir que “no caso de anulação do casamento e havendo

filhos comuns, aplicava-se-lhes as regras dos artigos anteriormente referidos” (FILHO, 2010, p. 59).

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 3.200 de 19 de abril 1941, em seu artigo 16, com redação dada Decreto Lei nº 5.213, de 21 de janeiro de 1943 previu a guarda do filho natural, senão vejamos:

Art. 16. O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menor.

Por outro lado, em 3 de setembro de 1946 foi editado o Decreto-Lei nº 9.701, o qual previa a guarda dos filhos quando da realização do desquite judicial, ocasião em que, se os filhos não fossem entregues aos pais, estes deveriam ser entregues a pessoa pertencente à família, devendo ser obrigatoriamente considerada pessoa idônea.

O artigo 1º do Decreto-Lei 9.701/46 estabelecia que:

no desquite judicial, a guarda de filhos menores, não entregues aos pais, será deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem entretanto será assegurado o direito de visita aos filhos.

Já no dia 27 de agosto de 1962, foi emitida a Lei nº 4.121, a qual originou inúmeras modificações com relação à guarda no antigo desquite litigioso, conservando, todavia, as regulamentações já existentes no que se referia à dissolução amigável. Desta feita, o Código Civil de 1916 passou a seguir um esquema previsto em lei, o qual era realizado da seguinte forma:

a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores, já não mais observada a distinção de sexo e idade destes, salvo disposição contrária do juiz; b) sendo ambos os cônjuges culpados, com a mãe ficariam os filhos menores, já não mais observada a distinção de sexo e idade destes, salvo disposição contrária do juiz; c) verificando que não deveriam os filhos ficar sob a guarda da mãe nem do pai, estava o juiz autorizado a deferir a guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando-se, entretanto, o direito de visitas. (FILHO, 2010, p. 59).

Posteriormente, no dia 16 de junho de 1970, a Lei 5.582 passou a ter vigência, modificando o teor do colacionado artigo 16 do Decreto-Lei 3.200/1941, incluindo-lhe parágrafos. Sendo assim, diante das alterações, o novato artigo 16 passou a ter a seguinte redação:

Art. 1º O artigo 16 do Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família, passa a ter a seguinte redação:

Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor.

§ 1º Verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o Juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores.

§ 2º Havendo motivos graves, devidamente comprovados, poderá o Juiz, a qualquer tempo e caso, decidir de outro modo, no interesse do menor."

Grisard Filho (2010, p. 59) lembra que a alteração foi realizada "determinando que o filho natural quando reconhecido por ambos os genitores ficasse sob o poder, agora, da mãe, salvo se tal solução adviesse prejuízo ao menor".

Referida Lei 5.582/70

também previu a hipótese de colocação dos filhos sob a guarda de pessoa idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores. Havendo motivos graves, poderia o juiz decidir, a qualquer tempo, de modo diverso, sempre no interesse do menor.

Estas alterações legais mencionadas acima, permaneceram vigentes até o advento da Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, a qual instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o divórcio e outros métodos visando à dissolução da sociedade matrimonial. Outrossim, com o advento da Lei 6.515/77, a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, instituído por tal lei, estaria combinado com o princípio do desfazimento por culpa, nos termos do artigo 5º, caput, havendo previsão de dissolução sem culpa, de acordo com o artigo 5º, §§ 1º e 2º, revogando as disposições atinentes ao Código Civil. (FILHO, 2010)

No entanto, a respeito da citada lei, com grande sabedoria, Grisard Filho (2010, p. 60) ressalta o seguinte:

entretanto, conservou, em suas linhas gerais, o sistema vigente, com adaptações. Assim era: a) na dissolução consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (cf. art. 9º); b) nas dissoluções não consensuais, o destino dos filhos menores obedecerá às peculiaridades de cada uma de suas modalidades: b1) art. 5º, caput – os filhos ficarão com o cônjuge que a ela não deu causa (cf. artigo 10, caput); b2) art. 5º, § 1º – os filhos ficarão com o cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum (cf. artigo 11); b3) art. 5º, §2º – os filhos ficarão com o cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação (cf. artigo 12)

Importante salientar também a previsão legal prevista no artigo 10, §1º, da Lei 6.515/77, o qual estabelecia que na separação judicial litigiosa em que ambos os genitores eram os responsáveis – leia-se, reconhecimento de culpa –, a guarda dos filhos menores deveria ser concedida à mãe, independentemente da idade e sexo dos filhos.

Vejamos o disposto no artigo 10, § 1º, da Lei 6.515/77

Art. 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

§ 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.
[...]

Outrossim, outra hipótese existente, era prevista no artigo 10, § 2º, da Lei 6.515/77, o qual estabelecia que o magistrado poderia conceder a guarda dos filhos a pessoa reconhecidamente idônea pertencente à família, não importando por parte de qual cônjuge, quando constatasse a impossibilidade de concessão da guarda a um ou outro cônjuge.

Vejamos o disposto no artigo 10, § 2º, da Lei 6.515/77

Art. 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

[...]
§ 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

A respeito disto, Grisard Filho (2010, p. 61) ensina que

essa ideia de retirar os filhos da guarda dos pais e confiá-los a terceira pessoa, por razões graves e insuperáveis, já era contemplada no art. 302 do Código de Napoleão, em sua edição de 1804, inspirada no melhor interesse do menor, ainda que em detrimento dos pais.

Complementando, ainda, devo advertir que todos os critérios estabelecidos são genéricos e abstratos. O legislador brasileiro entendeu por bem priorizar o princípio do interesse do menor, razão pela qual o principal problema existente é esta forma de analisar os casos práticos, não sendo analisados de acordo com os interesses dos pais na relação familiar. (OLIVEIRA; MUNIZ, 2002, p. 478)

Aliás, Oliveira e Muniz (2002) ensinam que o legislador limita em uma

separação consensual até mesmo a livre avença dos genitores, podendo o pedido de homologação da separação ou do próprio divórcio ser negado pelo magistrado competente, sob o argumento de que o convencionado não enaltece os interesses do menor.

Passados longos anos sob a vigência de tais normas, a nova mudança somente teve início com a promulgação da nova Constituição Federal de 1988, a qual assegurou, por meio de seu artigo 227, “à criança, como dever, primeiro, da família, depois da sociedade e do Estado, o direito à convivência familiar e comunitária, cuja disciplina veio com o Estatuto da Criança e Adolescente [...]”. (FILHO, 2010, p. 62)

A última alteração significativa a respeito da guarda adveio com a promulgação do Código Civil de 2002, embora tenha mantido as mesmas regras, conforme pode se verificar com breve análise dos artigos 1.583 a 1.590, primando também pelo princípio do interesse do menor.

Deste modo, o Código Civil de 2002 estabeleceu a guarda direcionada aos pais como regra, dividindo-a em unilateral e bilateral, conforme será abordado em tópico próprio.

Da mesma forma, foi estabelecida a guarda compartilhada, verificada quando da existência de pais separados/ divorciados ou que não convivem juntos, ocasião em que ambos os pais exercem conjuntamente o poder familiar sobre seus filhos.

Embora tais temas possuam tópicos próprios, somente frisa-se os mesmos neste momento para trazer à baila a recente alteração da guarda compartilhada dada pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, a qual tornou a guarda compartilhada como regra do ordenamento jurídico, nos casos em que os genitores são separados/ divorciados ou que não convivem juntos, mantendo ainda sob vigência a guarda unilateral para tais casos como exceção.

Nesse sentido, dispõe o artigo 1.584 do Código Civil de 2002 que:

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. (grifei)

Como visto, ainda que sucintamente, a guarda compartilhada se tornou regra no ordenamento jurídico nos casos já apontados. Todavia, devemos lembrar que

foram tratados de forma abreviada o tema específico da guarda, seja unilateral, bilateral ou compartilhada, visto que todos estes deverão ter abordagem específica em tópico próprio.

Assim, encerra-se o presente tópico, no qual foi estudada o desenvolvimento histórico legal do instituto da guarda no direito brasileiro, apontando as principais alterações legais a respeito do tema.

3.2 Guarda unilateral

A guarda unilateral foi instituída no ordenamento civil brasileiro em razão das hipóteses em que os genitores não mantinham vínculo amoroso pelo casamento, acabando por viverem separados e divorciados. Em razão disto, em com passar de longos anos, a legislação civil caminhou arduamente para regulamentar a guarda exercida por apenas um dos genitores, sendo atualmente conhecida como guarda unilateral.

Nos termos do artigo 1.583, § 1º, primeira parte, do Código Civil de 2002, o qual segue abaixo colacionado, a guarda unilateral será aquela exercida por apenas um dos genitores ou alguém que os substitua.

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.

[...]

Rosa (2015, p. 55) refere que

a guarda unilateral, de acordo com o art. 1.583, § 1º, de nossa codificação civil, é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, possuindo o guardião não apenas a custódia física do filho, mas também o poder exclusivo de decisão quanto às questões da vida da prole.

Importante referência deve ser feita à antiga redação do artigo 1.583, §2º, do Código Civil de 2002, antes da modificação dada pela Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, o qual referia, em síntese, que a guarda unilateral deveria ser concedida a um dos genitores que apresentasse no momento de análise melhores condições econômico-financeiras para exercê-la.

Vejamos a antiga redação do artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002, a

qual já se encontra totalmente revogada em razão da vigência da Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 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.

Rosa (2015, p. 56) explica que, além das condições econômico-financeiras para atribuição da guarda unilateral, era analisado para concessão da guarda nesta modalidade, antes da alteração legislativa mencionada, qual dos genitores apresentasse, de forma objetiva, maior “[...] aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (I) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (II) saúde e segurança; e, por último, (III) educação”.

Outrossim, o rol mencionado acima, que era previsto no artigo 1.583, §2º, do Código Civil, cuja redação foi revogada pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 – como já referido –, era qualitativo, sendo que o inciso primeiro era o requisito de maior valor e importância, sendo comumente utilizado para fundamentar decisões concedendo a um dos genitores a guarda unilateral.

Entretanto, o que deve ficar registrado é que, mesmo com tal valorização jurídica e social do inciso primeiro, todos os demais também possuíam grande importância e principalmente independência entre eles, eis que, embora o afeto tenha valor gigantesco no conceito de família, não há como se negar que a guarda unilateral também deve ser concedida com base na possibilidade do genitor em conceder saúde, segurança e educação. (FREITAS, 2008)

Além do mais, analisando a alteração legislativa ocorrida no artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002, chega-se à conclusão de que referido dispositivo legal não poderia receber aplicação com base na prioridade da capacidade econômica dos pais, o que acabaria por fragilizar o sistema, visto que provavelmente seria favorecido um dos genitores com maior capacidade econômico-financeira, em prejuízo do outro que não alcançou o mesmo status econômico. (SILVA, 2015)

Sendo assim, pode-se afirmar que a guarda unilateral é aquela atribuída a apenas um dos genitores, o qual terá a responsabilidade direta pelos filhos, sendo que o outro genitor não deixará de ter deveres. Isto porque, embora se possa afirmar

que a responsabilidade direta será de incumbência de quem possuirá a guarda, o outro genitor possuirá a responsabilidade indireta, uma vez que, diante da sistemática legal adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o genitor, que não possuir a guarda, deverá arcar com pensão alimentícia, sendo de sua responsabilidade o pagamento mensal. Em contrapartida, este mesmo genitor possuirá o direito de visitas periódicas, predeterminadas ou não – diante da hipótese em que poderá ocorrer a visitação livre (datas e horários combinados entre os próprios genitores) –, salientando-se que a obrigação de prestar alimentos não condicionará o direito de visitas, sendo totalmente independentes.

Neste sentido, Grisard Filho (2010) afirma que o genitor que recebe a guarda unilateral adquire todos aqueles direitos e deveres de forma única, que anteriormente eram desempenhados por ambos os genitores. Todavia, tal centralização dos direitos e deveres com relação ao menor, não exclui o direito daquele genitor que não detém a guarda de se comunicar livremente com o filho, desde que respeitadas a forma de visita adotada, bem como controlar a educação do mesmo, havendo nítido remanejamento dos papéis.

Diante de tal hipótese, se pode verificar que, em razão da guarda unilateral determinada a somente um dos genitores, acaba por restringir, de uma certa forma, a plena participação do genitor no desenvolvimento do filho.

Grisard Filho (2010, p. 83) assevera que

a sistemática atribuição da guarda à mãe gerou distorções no sistema levando os juristas a procurar outro meio, mais justo, de exercício da parentalidade. A ausência sistemática do filho pela periodicidade forçada desestimulou o exercício da guarda, levando os pais, que se viram negligenciados pela sociedade, a se afastarem do convívio com os filhos.

Importante referir tal ensinamento doutrinário, pois, via de regra, grande parte das separações conjugais (sem adentrar nas hipóteses de separação e divórcio, mas tratando-se de desta maneira de uma forma ampla), deixam inúmeras amarguras e com ânimos de animosidade. Em razão disto, a concessão da guarda compartilhada a apenas um dos genitores, acaba por acirrar ainda mais os ânimos, que muitas vezes já se encontram exaltados, acabando por provocar consequências para a criança e/ou adolescente.

Grisard Filho (2010) refere ainda que a guarda unilateral é o meio mais arrasador para o menor, trazendo ao mesmo muitas dúvidas e sentimentos negativos, considerando que, em razão das visitas periódicas (na maioria das vezes

em finais de semana alternados, o genitor que não possui a guarda acaba se afastando do convívio diário com seu filho.

Assim, o que era rotineiro anteriormente, passou a ser eventual, tornando o entendimento do menor a respeito dos fatos de extrema dificuldade, aflorando, em razão de não compreender a situação da separação conjugal, os sentimentos de solidão e abandono.

Portanto, e creio que pensando neste assunto supra tratado, sobreveio as alterações legislativas acerca do assunto.

Após referida a alteração legislativa, a qual sobreveio por meio da Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, a guarda unilateral, que até então era regra, passou a ser de aplicação excepcional.

Embora ainda não seja o momento de tratar a alteração legislativa que tornou a guarda unilateral como exceção e a guarda compartilhada como regra, cuja matéria será tratada no capítulo terceiro, cumpre salientar as palavras de Rosa (2015, p. 56), o qual lembra que:

o que antes era regra, em boa hora, passa a ter caráter excepcional, vez que, 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 exercê-la.

Neste sentido, a redação do artigo 1.584, §2º, do Código Civil de 2002, estabelece exatamente a possibilidade desta negativa, senão vejamos

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.

Como visto, em razão da alteração legislativa impondo-se a guarda compartilhada como regra, o dispositivo em comento, aderiu a ideia de que a guarda não será compartilhada, quando um dos genitores (pai ou mãe) referirem a intenção de não a exercer.

Todavia, embora tal possibilidade decorra expressamente de texto legal, “comungamos do pensamento de que o promotor e o magistrado, utilizando, se necessário, da equipe interdisciplinar, devem investigar os motivos que levam esse genitor a manifestar seu desinteresse”. (ROSA, 2015, p. 56)

Complementa Rosa (2015, p. 56, grifei) afirmando o seguinte:

sabe-se que, cada vez mais, a órbita privada deve ser respeitada, mas, considerando a doutrina da proteção integral, mostra-se imperiosa a apuração das razões que levam um dos genitores a optar por essa via. Tal postura evitaria, inclusive, a perpetuação de um quadro de alienação parental iniciado durante o período de união do casal, solidificando em sentença, determinando a guarda exercida de forma unilateral por um dos genitores.

Por fim, embora não seja objeto principal deste trabalho, cogente se torna referir, a título de elucidação, a novel alteração legislativa a respeito do tema, também incluída pela Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, a qual inseriu o § 5º no artigo 1.583 do Código Civil de 2002, cuja redação segue abaixo colacionada:

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Sendo assim, através de referido dispositivo legal, quando verificada a ocorrência da guarda unilateral, será permitido ao genitor que não detém a guarda controlar os interesses dos filhos. Rosa (2015) afirma ainda que não se trata de uma “permissão” concedida pelo legislador ao genitor, que poderá exercê-la, ou não, mas sim a obrigatoriedade de supervisão dos interesses dos filhos.

Tanto é verdade que o próprio dispositivo ora comentado refere que qualquer um dos pais poderá solicitar informações a respeito dos filhos e inclusive pleitear a prestação de contas, de forma objetiva e subjetiva, em situações envolvendo a educação do menor, bem como àquelas ligadas à saúde física e psicológica do mesmo.

Rosa (2015, p. 58) explica que

[...] apesar de o detentor da guarda unilateral ter a faculdade de fazer todas as escolhas da vida da prole sem consultar o outro genitor, tais como escola, atividade extracurricular e, até mesmo, os médicos, existe, por outro lado, o direito de o outro pai ou mãe ser informado a respeito da vida dos filhos.

Diante do exposto, passa-se à análise do tópico denominado guarda alternada, a fim de, futuramente, diferencia-lo da guarda compartilhada, objeto do presente trabalho.

3.3 Guarda alternada

A guarda alternada, por sua vez, é aquela modalidade de guarda que basicamente se traduz quando os genitores possuem a guarda material dos filhos, ocasião em que estes ficariam parte do tempo com o pai e outra parte com a mãe, ocorrendo normalmente em uma semana para cada dos genitores.

Spengler e Spengler Neto (2004, p. 91, grifei) referem que

a guarda alternada é outra maneira de dispor sobre a guarda do filho, sendo, porém, de uso restrito devido, principalmente, às grandes críticas que suscitou. **Na verdade, é na guarda alternada que o menor passa determinado período de tempo na casa de um e depois de outro genitor, sucessivamente [...]**

De maneira totalmente acertada, Spengler e Spengler Neto (2004) lembram que a ausência de rotina no cotidiano do filho menor de idade, acaba por influenciar inúmeras críticas a esta forma de responsabilidade parental, tendo em vista que em breve análise desta forma de guarda, verifica-se algumas maleficências aos filhos, gerada exatamente pela ausência de rotina e cotidiano do filho, que, por passar o seu tempo ora com, ora com o outro genitor, não adquire em sua formação uma padronização de comportamento, especialmente pelo fato de que nem sempre a regra imposta por um dos genitores é a regra imposta pelo outro.

Ainda oferecendo crítica ao modelo de guarda alternada existente no ordenamento jurídico brasileiro, Grisard Filho (2010, p. 195) refere que

a moderna doutrina adverte que a guarda alternada não está em harmonia com o interesse do menor. Ela é inconveniente para a consolidação dos hábitos, valores e ideias na mente do menor, diante do elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações, provocando no menor não só instabilidade emocional e psíquica, como também um descontínuo afetivo, espacial e social. Já uma outra vertente vê na guarda alternada a vantagem de permitir a menor manter relações estreitas com os dois genitores. [...]

É neste mesmo sentido, que a jurisprudência gaúcha tem se manifestado, demonstrando que a guarda alternada não é o melhor modelo de responsabilidade parental para ser adotado. No julgamento da Apelação Cível nº 70049860968, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, decidiu afirmando que “o sistema de guarda alternada impede que a criança desenvolva uma rotina de vida estável e desenvolva seus referenciais

familiares”.

Sendo assim, diante de tantas críticas com base nos estudos realizados, conforme se verificou pela doutrina colacionada, a guarda alternada, embora ainda existente no ordenamento jurídico brasileiro, não aparenta ser a melhor forma de responsabilidade parental, contando com a escassez de admiradores que pretendam e optem por utilizá-la. É em razão disto, que em relação à guarda alternada, existem outros modelos de guarda que conseguem atingir e alcançar a sua real finalidade, em atenção ao princípio do melhor interesse do menor, fazendo com que outros modelos sejam na prática mais vantajosos, incluindo o compartilhamento das responsabilidades, por meio da guarda compartilhada. (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2004)

Relacionando o presente tópico de guarda alternada com a guarda compartilhada, importante referir que “um dos maiores equívocos que, por certo, impossibilitam a melhor aplicação da guarda compartilhada no direito brasileiro, desde a edição da Lei 11.698/2008, foi a sua confusão com a guarda alternada”. (ROSA, 2015, p. 58).

Rosa (2015, p. 58), explica que

desde então, o compartilhamento das responsabilidades foi reiteradamente confundido com a alternância de guarda, sendo que esta última nem sequer tem possibilidade de ser fixada em nosso ordenamento jurídico. De forma equivocada, falava-se em divisão estanque do tempo em cada uma das casas, como se o filho passasse a ter sua “mochila” como o único objeto seguro na sua vida.

Mostra-se de total grandiosidade os ensinamentos a respeito da diferenciação da guarda alternada com o compartilhamento das responsabilidades (guarda compartilhada), pois, como referido, tal confusão já foi objeto de grandes discussões. Em razão disto, cumpre esclarecer que a guarda alternada, “tanto a jurídica como a material, é atribuído a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o filho mora com cada um dos pais”. (ROSA, 2015, p. 58)

Diante de mencionado conceito a respeito da guarda alternada, chega-se à conclusão de que ambos os pais, enquanto a prole estiver consigo no período estabelecido, possuirá a responsabilidade total e exclusiva, cabendo exercer o poder parental de forma exemplar, além de usufruir integralmente dos deveres e direitos inerentes ao poder familiar.

Esta modalidade de guarda, nos termos da doutrina, é uma modalidade que representa de forma extrema o egoísmo estatal, considerando que este instituto aponta para o entendimento de que os filhos não passam de meros objetos pertencentes aos pais, podendo o tempo e local no espaço serem totalmente particionadas entre cada um dos genitores, ferindo de forma clara a regra da proteção integral da criança e adolescente. (ROSA, 2015)

Do mesmo modo, pode-se afirmar, inclusive, que a guarda alternada, em momento algum, é utilizada com base nos princípios estabelecidos no Estatuto da Criança e Adolescente, especialmente aquele que prima pelo melhor interesse da criança e adolescente. (ROSA, 2015)

Isto porque, como já referido, a guarda alternada acaba, ainda que de forma inconsciente, transformar o filho menor de idade em um simples objeto que possuam interesse, ocasião em que os genitores passam a discutir a relação de convívio com a prole de uma forma não sentimental, sem pensar nos interesses de quem realmente deva ser protegido.

Sendo assim, passa-se a analisar no terceiro e último capítulo a guarda compartilhada, na forma de compartilhamento das responsabilidades parentais.

4 GUARDA COMPARTILHADA

No presente capítulo, terceiro e último, será abordado especificamente o instituto da guarda compartilhada, em razão da novíssima alteração legislativa, que, além de fortalecer o instituto civil de direito de família, tornou-o regra no ordenamento jurídico.

Além da conceituação básica, será abordado brevemente o surgimento do compartilhamento das responsabilidades por meio da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, colacionando-se os dispositivos legais atinentes ao caso. Não poderia faltar, como já referido em tópicos anteriores, a diferenciação da guarda compartilhada com os demais institutos civis de direito de família, a fim de, não só diferenciá-los, mas também demonstrar as hipóteses de real aplicação dos mesmos.

4.1 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada, embora esteja atualmente contando com grande repercussão, especialmente pela promulgação da lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008.

A Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 alterou, à época, os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, instituindo expressamente em nossa legislação a guarda compartilhada. Dispõe o artigo 1.583 do Código Civil de 2002 o seguinte, cuja redação permanece até os dias atuais:

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.** (grifei).

Entretanto, o artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002 foi alterado pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 estabelecendo e reforçando a atual guarda compartilhada.

A redação já revogada do artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002 estabelecia que:

§ 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:
[...]

Com a promulgação da Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, o artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002 passou a vigor com a seguinte redação:

§ 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:
[...]

Como visto, em razão das próprias alterações legislativas, a lei passou a dar maior importância ao instituto da guarda compartilhada, tornando-a regra do ordenamento jurídico brasileiro. Anteriormente, a guarda compartilhada era aplicada somente nos casos em que houvesse acordo entre os genitores ou sempre que possível, nos casos em que não fosse possível a realização de acordo entre os pais.

Ademais, de total importância também referir o disposto no artigo

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

Com a alteração dos dispositivos, a redação da legislação aplicável ao instituto da guarda compartilhada passou a prever que mesmo quando não se verificasse o acordo entre os genitores e ambos apresentassem condições favoráveis para o exercício do poder familiar, a guarda compartilhada será aplicada.

Neste sentido, o artigo 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002, cuja redação foi substituída pela alteração legislativa, possuía a seguinte redação:

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Com a nova redação dada pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 o artigo 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002, passou a vigor com a seguinte redação:

§ 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.

No entanto, cumpre salientar que referidas alterações legislativas, as quais

começaram a ocorrer de forma plena somente no ano de 2008, com a Lei 11.698 de 13 de junho daquele ano, foram fruto de inúmeros julgamentos e entendimentos concebidos através de análises de casos práticos. Pois, antes mesmos de mencionadas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, muitos genitores já exerciam o compartilhamento das responsabilidades por meio da guarda compartilhada, havendo, inclusive, diversos julgados nos mais diversos tribunais de justiça.

Lembra Rosa (2015) que a maior prova de que já haviam entendimentos a respeito de sua aplicabilidade, antes mesmo das alterações legislativas referentes à normatização da guarda compartilhada, é a edição do Enunciado nº 101 da primeira Jornada de Direito Civil, a qual ocorreu ainda durante a *vacatio legis* do Código Civil de 2002.

Neste sentido, segue abaixo transcrito o Enunciado 101:

enunciado 101. Art. 1.583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.

Por conseguinte, já no ano de 2006, quando da ocorrência da VI Jornada de Direito Civil, novo enunciado foi emitido, o qual possui a seguinte redação:

enunciado 335 - A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.

Sendo assim, a guarda compartilhada resume-se como um instituto civil atrelado ao direito de família, pelo qual os genitores compartilham as responsabilidades pelos filhos, não havendo divisão nos direitos e deveres, devendo as decisões referentes aos filhos serem tomadas em conjunto por ambos os genitores.

Grisard Filho (2010) assevera que através da guarda compartilhada os genitores exercem legalmente de forma igualitária o poder parental, atuando de forma igual na tomada de decisões atinentes aos filhos menores de idade, cujas deliberações deverão ocorrer em conjunto.

Da mesma forma, Spengler e Spengler Neto (2004, p. 94) afirmam que

[...] o objetivo da guarda compartilhada vai além da simples

responsabilização dos genitores por alguém que ambos contribuíram para que existisse; na verdade, ela significa a intervenção em todos os sentidos no direcionamento da criação e educação dessa criança. Significa, também, um envolvimento emocional maior, o que é extremamente benéfico para ambas as partes: genitor e gerado. Tal benefício se dá, de um lado, pela satisfação que os pais têm em auxiliar na manutenção e educação do rebento e do outro pela segurança e tranquilidade que gera ao filho a certeza de estar sendo amado e protegido pelos pais, e não disputado por eles.

Superadas estas considerações, importante frisar que a jurisprudência gaúcha se manifestou, seguindo os entendimentos colacionados no tópico da guarda alternada, corroborando o entendimento de que o filho não deverá ser transformado em um objeto à disposição dos pais.

Neste sentido, o Agravo de Instrumento nº 70065888786, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifei), decidiu que:

ação de Dissolução de União Estável. Guarda Compartilhada. Litígio Entre os Pais. Descabimento. Alimentos. Adequação do Quantum. [...] 2. **A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar a filha em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ela perca seus referenciais de moradia.** [...] (Agravo de Instrumento Nº 70065888786, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/09/2015)

Superada inicialmente as considerações acerca das alterações legislativas referentes ao assunto em tela, bem como as considerações feitas a respeito da conceituação do instituto civil de direito de família, importante referir que a guarda compartilhada, superando as inúmeras limitações impostas pela própria natureza da guarda unilateral, representa um meio eficaz de abolir e até mesmo evitar a alienação parental, sem incluir aqui os inúmeros outros benefícios trazidos pelo seu deferimento. (FREITAS, 2008)

Pode-se afirmar isto, comparando a guarda compartilhada com a guarda unilateral, principalmente pelo fato de que sendo aplicada esta última forma de guarda, acaba por facilitar o trabalho do alienador, que, por exercer com exclusividade o cuidado da criança, faz com que o contato com o outro genitor seja cada vez mais escasso e precário. Quando o contato ocorre faz com que este seja temeroso e prejudicial à criança e adolescente, em razão das inúmeras inverdades transmitidas, sem haver motivo concreto que justifique a finalidade do ato.

Por isto, o instituto civil de direito de família denominado guarda

compartilhada traz para o regramento jurídico um novo entendimento. Através deste instituto de direito de família, os filhos de pais divorciados passam a entender que a separação é tão somente conjugal, não ocorrendo a separação parental, pois a separação não os separa um dos genitores, sendo mantida a intensa participação de ambos os pais no cotidiano e rotina dos mesmos. (PEREIRA, 2012)

No momento em que os genitores superarem as desavenças deixadas – muitas vezes pela turbulenta separação conjugal – no momento de desfrutarem da companhia de seus filhos, acabarão por perceber que a guarda compartilhada será a melhor medida visando o bem da criança e adolescente. Com isto, o banimento de qualquer ponto que ainda persista atrito entre os genitores, fará com que o convívio com os filhos do casal seja extremamente harmonioso e sadio, resultando em um desenvolvimento da criança e adolescente voltado para compreensão de traumas passados. Principal ponto envolvendo o crescimento extremamente sadio dos filhos do casal divorciado será que estes não sejam frutos de um fracasso amoroso, mas sim administradores de suas próprias vidas com plena capacidade de entendimento no rompimento da relação conjugal dos pais. (OLIVEIRA FILHO, 2011)

Neste mesmo sentido, Rosa (2015, p. 66) afirma que

a guarda compartilhada procura fazer que os pais, apesar da 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.

Em outras palavras, a aplicação da guarda compartilhada pressupõe uma obrigação expressa dos genitores de assessorar e auxiliar o outro genitor no acesso ao filho, a fim de dar-lhe e fornecer-lhe afeto paterno e materno, sem a ocorrência de situação que possam configurar a alienação parental. (CARVALHO, 2010)

4.2 Guarda alternada ou guarda compartilhada?

Em que pese as considerações realizadas no tópico referente à guarda alternada, ocasião em que se fez breves distinções entre guarda alternada e guarda compartilhada, passa-se neste momento a diferenciá-las, viabilizando o estudo de forma clara.

Sendo assim, como já tratado em tópico do capítulo anterior, o

compartilhamento das responsabilidades (guarda compartilhada) por muitas vezes foi confundida com a guarda alternada, ainda persistindo tais conflitos na conceituação dos institutos com a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014.

A guarda alternada, como já referido, é aquela que possui, na sua essência, similitude com a guarda unilateral, trajada pelo exercício privativo da guarda por um dos genitores, em um determinado período, sendo que decorrido tal lapso temporal, a guarda é modificada ao outro genitor, e assim por diante, havendo um nítido revezamento. (GIMENEZ, 2014)

Diferenciando os institutos Gimenez (2014) ensina que não se pode afirmar que na guarda alternada há o chamado compartilhamento das responsabilidades (guarda compartilhada), visto que, ainda os genitores reconheçam a inexistência de guarda unilateral exclusiva a somente um deles, ambos desenvolvem o papel de guardião da prole enquanto este permanecer consigo. Deste modo, na guarda alternada existe um revezamento ordenado e metódico da convivência, ocasião em que cada genitor cria suas regras.

Apresentando, de um certo modo, crítica à guarda alternada, Rosa (2015, p. 59) assevera o seguinte:

esperamos que a edição da Lei n. 13.058 possa apresentar novos ares à temática, acima de tudo para proporcionar o final do mito dos filhos “mochilinhas”, típico daquilo estabelecido na guarda alternada. Espera-se, ainda, que seja visualizado o novo papel de ambos os genitores, de visitantes a conviventes, e, acima de tudo, que as varas de família expressem, em sua medidas e decisões, aquilo que uma criança, mesmo em sua ingenuidade, sabe melhor do que qualquer adulto: dois representam mais do quem.

A guarda compartilhada, por sua vez, é aquela que

[...] procura fazer com que os pais, apesar da sua separação pessoal, e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela criação, educação e manutenção dos filhos, e sigam responsáveis pela integral formação da prole, mesmo estando separados, obrigando-se da melhor maneira possível suas funções parentais. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não algum eventual interesse egoísta dos pais. [...]. (MADALENO, 2013, p. 441, grifei)

Diante disto, embora a regra básica da guarda compartilhada não exigir a celebração de acordo para o estabelecimento da guarda compartilhada, deve reconhecida que deve haver uma convivência saudável entre os genitores.

Traduzindo-se em um verdadeiro casal unido e que priorizam o interesse do menor, independentemente das diferenças surgidas entre eles. (MADALENO, 2013)

Destarte, a alteração legislativa somente consagrou e estabeleceu legalmente o que a família contemporânea vinha exercendo, priorizando a relação afetiva entre pais e filhos, ainda que os genitores não residam no mesmo local. Esta alteração no ordenamento jurídico apenas realça o papel fundamental de pai e mãe, contribuindo, inclusive, para o crescimento humano e social do menor. (GIMENEZ, 2014)

Neste sentido, o Agravo de Instrumento nº 70063573299, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio), decidiu que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO, GUARDA E ALIMENTOS. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI 13.058/2014. Na sociedade em que vivemos pai e mãe podem separar-se um do outro quando decidirem, mas devem ser inseparáveis dos filhos, sendo dever do Judiciário assegurar que esta será a realidade. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. Assim, e não havendo negativa expressada por um dos genitores ou nenhuma outra conduta que deva ser especialmente avaliada, a guarda é compartilhada. ALIMENTOS. Não havendo prova irrefutável da incapacidade do alimentante, ônus que lhe cabia, restam mantidos os alimentos fixados. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70063573299, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 23/04/2015).

Então, superadas as breves considerações acerca das distinções da guarda compartilhada e guarda alternada, as quais entende-se suficientes para esclarecimento do tema, passa-se a análise do contraponto alimentos na guarda compartilhada.

4.3 Alimentos na guarda compartilhada

Inicialmente, não poderia deixar de ser abordado no presente trabalho de conclusão de curso, especialmente pelo tema adotado, a pensão alimentícia na guarda compartilhada, tema que vem sendo objeto de inúmeras discussões acerca da possibilidade de cobrança, ou não.

Os alimentos podem ser conceituados como aquelas prestações, via de regra mensais, iguais e sucessivas, através das quais se busca a satisfação das necessidades essenciais para sobrevivência humana. Legalmente, a finalidade dos alimentos é fornecer ao companheiro ou cônjuge, até mesmo a algum parente, os

meios necessários para a sua subsistência. (GONÇALVES, 2015)

Ademais, ainda no tocante ao conteúdo dos alimentos, estes “[...] abrangem o indispensável ao sustento, vestuários, habitação, assistência médica e instrução (CC, art. 1.920)”. (GONÇALVES, 2015, p. 157)

Sendo assim, pode ser exigido o pagamento de alimentos, nos termos da legislação civil em vigor, por todo aquele que necessite de auxílio, a fim de dar-lhe a possibilidade de viver de forma digna, atendendo as próprias necessidades, incluindo, especialmente a saúde e educação.

Em outras palavras, os alimentos configuram-se exatamente como uma obrigação imposta a alguém que, por força de lei, deva prestar auxílio econômico-financeiro a determinada pessoa, que necessite de amparo a fim de garantir a sua manutenção. Isto é, o pagamento deverá de alimentos deverá ocorrer quando houver a necessidade de auxílio à subsistência humana, que, por uma razão ou outra, não poderá prover de forma solitária. (CAHALI, 2003)

Neste sentido, estabelece o artigo 1.694 do Código Civil de 2002, o qual segue abaixo transcrito:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Ademais, embora não seja objeto principal do presente trabalho de conclusão de curso, imperioso expor a matéria acerca dos alimentos, somente a título de esclarecimento. Sendo assim, segue abaixo colacionado o artigo 1.694, § 1º, do Código Civil de 2002, senão vejamos:

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Conceitualmente, os alimentos podem ser esclarecidos da seguinte forma:

quando, cotidianamente, utiliza-se a expressão “alimentos”, é extremamente comum se fazer uma correspondência com a noção de “alimentação”, no sentido dos nutrientes fornecidos pela comida.

Todavia, a acepção jurídica do termo é muito mais ampla.

De fato, juridicamente, os alimentos significam o conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 681, grifei)

Destarte, os alimentos possuem previsão constitucional, impondo aos pais o dever de assistência. O artigo 229 da Constituição Federal assim dispõe:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Ademais, a redação do artigo 1.566, IV, do Código Civil de 2002 é clara ao consagrar a obrigação alimentar entre pais e filhos, senão vejamos

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - Fidelidade recíproca;
II - Vida em comum, no domicílio conjugal;
III - Mútua assistência;
IV - Sustento, guarda e educação dos filhos;

Da mesma forma, assim dispõe o artigo 1.568 do Código Civil:

Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o artigo 22 do Estatuto da Criança e Adolescente prevê o seguinte:

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.

Com a promulgação da Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, foi reacendida a discussão acerca do dever de prestar alimentos quando a guarda compartilhada fosse o método adotado. Considerando toda a argumentação trazida, incluindo os inúmeros dispositivos legais transcritos no presente tópico, cumpre, ainda, salientar o disposto no artigo 1.583, § 3º, do Código Civil de 2002, o qual impõe que na guarda compartilhada deverá ser determinada a base de moradia dos filhos, utilizando-se como critério para adoção o local em que atender de forma eficaz os interesses dos menores.

Mencionado dispositivo legal, o qual já foi transcrito no tópico que tratou da guarda compartilhada, adveio com a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014. Rosa (2015, p. 102) explica que

a determinação da base de moradia (art. 1.583, § 3º, do CC), ou seja, qual dos genitores exercerá a custódia física da prole, acarretará, em consequência, a obrigação de prestar alimentos do outro progenitor. Aquele que detém o filho em sua custódia física alcançará o atendimento das necessidades da prole de forma direta (e, muitas vezes, despendendo valores maiores do que o genitor que paga o pensionamento).

E em razão disto, a diferenciação da guarda compartilhada com a guarda alternada se mostra de total importância, a fim de que não se confunda uma com a outra. Em razão do estabelecimento da guarda compartilhada não necessariamente os filhos passaram a residir de forma igualitária nas residências dos seus genitores, como já referido, pois a convivência da criança com os genitores será estabelecida de uma forma satisfatória, sem, contudo, deixar de estabelecer uma base de moradia.

Assim, havendo a chamada base de moradia, bem como o deferimento da guarda compartilhada em sua essência, tal fato se mostra determinante para a fixação de alimentos, sendo totalmente legal e justo o seu arbitramento.

Salienta-se que antes mesmos da alteração legislativa imposta pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, já houve decisão confirmando o dever de prestar alimentos quando do estabelecimento da guarda compartilhada. Neste mesmo sentido, o Agravo de Instrumento nº 70053239927, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MENOR. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS DEVIDOS PELO GENITOR. Inexiste restrição legal para a prestação de alimentos se a guarda é compartilhada. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento N° 70053239927, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 14/02/2013)

Consoante entendimento de Dias (2013) o estabelecimento da guarda compartilhada não evita que os alimentos possam ser fixados, até mesmo pelo fato de que os pais do menor nem sempre possuem as mesmas condições econômico-financeiras. Ademais, a não fixação de alimentos, especialmente quando não há o revezamento da guarda física, acaba por sobrecarregar um dos genitores. Em razão disto, além de não inexistir particularidade derivada de lei, aplica-se a normas e princípios gerais que se referem ao direito aos alimentos.

Da mesma forma, corroborando os entendimentos aqui expostos, Rosa (2015, p. 103) esclarece de forma brilhante que “é equivocada a ideia de que a Lei n. 13.058/2014 poderia eximir um dos pais do pagamento da prestação alimentícia

nem, ao menos, proporcionar-lhes redução na contribuição em curso”. Da mesma forma, Gimenez (2014) esclarece que

não passa de mera retórica daqueles que insistem em manter um sistema retrógrado e descolado da necessidade e anseio sociais, pois, por si só, a guarda compartilhada não implica em alteração dos alimentos pagos.

Sendo assim, diante de todo o exposto, verifica-se que o dever de prestar alimentos permanece intocável, podendo, inclusive, serem arbitrados e fixados normalmente, sendo que a alteração legislativa imposta pela Lei nº 13.058/2014 não foi capaz de mudar este entendimento, tendo em vista que ainda que a guarda compartilhada seja estabelecida, o Código Civil determina que deva ser estabelecido a base de moradia do menor, razão pela qual corrobora o entendimento de prestação de alimentos *in pecúnia*, enquanto o genitor que possuir em sua residência a base de moradia do filho, prestará alimentos *in natura*.

Em que pese este entendimento, importante referir também que ainda assim os alimentos deverão atender ao binômio: necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante.

Superado o tema do presente tópico, passa-se à análise da (im)possibilidade de imposição da guarda compartilhada, frente as situações fáticas.

4.4 A (im)possibilidade de imposição da guarda compartilhada frente as situações fáticas

Superadas todas as considerações a respeito do tema, importante trazer ao presente trabalho de conclusão de curso, a forma seguida pelos tribunais superiores, especialmente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na aplicação da guarda compartilhada através da alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014.

Como já tratado, a Lei 13.058/2014 alterou a sistemática da guarda no ordenamento jurídico, impondo que, via de regra, mesmo sem o consenso dos genitores, deverá ser aplicada a guarda compartilhada. Única exceção prevista legalmente é o fato de um dos genitores recusar esta forma de guarda compartilhada, ocasião em que será aplicada a guarda unilateral, a qual se tornou exceção.

Entretanto, após estudo da matéria e perfeito entendimento do conteúdo, nos deparamos com algumas questões que conduzem à conclusão que nem sempre

será permitida e, talvez benéfica à criança (princípio do melhor interesse da criança e adolescente), a aplicação da guarda compartilhada.

Sem sombra de dúvidas a presença continua de um pai e de uma mãe na vida de uma criança ou adolescente é essencial para o seu desenvolvimento humano e social. Contudo, algumas situações devem ser revistas, mesmo com a regra do compartilhamento das responsabilidades.

Afinal, a aplicação da guarda compartilhada em situações adversas à criança, atenderia o princípio do melhor interesse da criança e adolescente? A (im)possibilidade de aplicação da guarda compartilhada de acordo com a situação fática deve ser objeto de análise pelo juízo competente, a fim de garantir o bem estar da criança e adolescente.

Pois bem, a primeira situação que, por óbvio, poderia acarretar em uma situação não favorável à criança e adolescente, seria o fato dos genitores residirem em locais diversos, o que acabaria por dificultar, e muito, o compartilhamento de responsabilidades.

De forma totalmente acertada, há inúmeros julgados, afirmando que o Poder Judiciário deve negar o pedido de guarda compartilhada quando os genitores residirem em locais diversos. Neste sentido, Agravo de Instrumento nº 70064899990, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI Nº 13.058/2014. ALIMENTOS. [...]. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. No entanto, pelo menos por ora, tendo em vista, principalmente, a distância entre as cidades de residência dos genitores, descabido o estabelecimento da guarda compartilhada. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70064899990, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 10/09/2015)

Corroborando este entendimento, a Apelação Cível nº 70065362386, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

APELAÇÕES CÍVEIS. FAMÍLIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DA VERBA ALIMENTAR ARBITRADA EM FAVOR DA FILHA MENOR. CONCESSÃO DA GUARDA UNILATERAL EM FAVOR DA GENITORA. PRETENSÃO DE ESTABELECIMENTO DE GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE, NO CASO. HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO RESPEITANTE À VISITAÇÃO PATERNA DE FORMA LIVRE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. REDUÇÃO

DA VERBA HONORÁRIA. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. 1. [...] 3. Em que pese o disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14), as particularidades do caso não autorizam o estabelecimento da guarda compartilhada a pais que moram em diferentes unidades da federação (RS e DF), devendo ser mantida a concessão do encargo unilateralmente em favor da genitora, que exerce sua guarda fática desde o nascimento (ocorrido quando já rompido o relacionamento amoroso havido entre os pais), não tendo sido produzida prova técnica, nem apresentados durante a instrução indicativos de que o regime pretendido efetivamente viria a atender aos superiores interesses da criança, que necessariamente devem prevalecer. 4. [...] Sentença reformada no ponto. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DA AUTORA DESPROVIDO. APELO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível N° 70065362386, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 03/09/2015)

Outro fato que ocorre nas famílias – e talvez de forma mais acentuada naquelas em que o divórcio ocorreu de uma forma conturbada – é quando as desavenças e desentendimentos dos genitores não suportam o compartilhamento das responsabilidades (guarda compartilhada). Afinal, se genitores que discutem e se desentendem por qualquer motivo, sendo que muitas vezes a simples presença do outro bastaria para dar início à uma situação constrangedora, como estes poderiam conversar civilizadamente para acordarem e decidirem juntos o futuro do filho.

Como já referido, na guarda compartilhada se exige a conversa entre os genitores, a fim de decidirem juntos toda a vida do filho, seja escolhendo a escola, plano de saúde, atividades extracurriculares, entre outras.

A jurisprudência tem se manifestado neste sentido também, afirmando não ser possível a aplicação da guarda compartilhada sem a relação harmônica entre os genitores, sob pena de tornar ineficaz o compartilhamento das responsabilidades.

Sendo assim, segue ementa da Apelação Cível nº 70066073578, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. MODIFICAÇÃO DE GUARDA. DISPUTA ENTRE GENITORES. MELHOR INTERESSE DA INFANTE. Em que pese à legitimidade dos argumentos maternos, o contexto apresentado demonstra que a criança está bem atendida pelo genitor e a família paterna, inexistindo situação que justifique a troca de guarda. Igualmente descabe a guarda compartilhada, porque, embora seja a regra estabelecida pela Lei nº 13.058, de 22/12/2014, é preciso, para sua aplicação, que exista um relação harmônica entre os genitores, o que não é o caso dos autos. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível N° 70066073578, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 30/09/2015)

Da mesma forma, segue ementa da Apelação Cível nº 70065888786, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

ACÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. ALIMENTOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse da filha. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar a filha em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ela perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para a menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. 5. Cabe a ambos os genitores prover o sustento da prole comum, cada qual devendo concorrer na medida da própria disponibilidade. 6. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades da filha, dentro das condições econômicas do alimentante, sem sobrecarregá-lo em demasia. 7. A fixação dos alimentos em percentual sobre os ganhos do alimentante assegura o equilíbrio no binômio possibilidade-necessidade, garante reajustes automáticos e evita novos litígios entre o alimentante e a alimentada. Conclusão nº 47 do CETJRS. 8. Sendo a fixação provisória, o valor poderá ser revisto a qualquer tempo, bastando que venham aos autos elementos de convicção que agasalhem a revisão. Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento Nº 70065888786, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/09/2015)

Como visto, algumas situações têm feito com que os tribunais julguem de forma que a regra imposta pela Lei 13.058/2014 não seja absoluta. E de forma acertada isto tem ocorrido especialmente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelas diversas situações fáticas.

Tais julgamentos, através do presente trabalho, são considerados totalmente corretos, ao não aplicarem a guarda compartilhada de um modo que não se analise o caso. Em que pese a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014, esta modificação no ordenamento jurídico deve ser analisada com um olhar constitucional. Isto é, no momento em que a guarda compartilhada não atender o princípio do melhor interesse da criança e adolescente (previsto no artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil), como já referido, está não preenche a finalidade que se destina, devendo sua aplicação ser suavizada e mitigada.

Corroborando este posicionamento, segue ementa do Agravo de Instrumento nº 70065701716, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA.

DESCABIMENTO. EVIDENTE INCONVENIÊNCIA DA MODALIDADE NO CASO. 1. [...] 2. Quanto à incidência da nova legislação (Lei 13.058/2014), há que interpretá-la à luz dos princípios constitucionais superiores, em harmonia especialmente com o disposto no art. 227 da CF/88, que consagra o princípio do melhor interesse da criança. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento N° 70065701716, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 10/09/2015)

Diante do exposto, conclui-se o presente tópico, afirmando que realmente a guarda compartilhada não deve ser considerada uma regra absoluta, a partir da Lei 13.058/2014, especialmente pelo fato de que sua análise deve partir dos preceitos constitucionais, e através dos quais verificar a situação em favor do menor.

5 CONCLUSÃO

O direito de família, um dos ramos do direito civil, é considerado um dos ramos mais importantes, aos menos para mim, de todo o ordenamento jurídico. A guarda, como integrante do direito família, estabelece a forma em que os genitores terão responsabilidades sobre os filhos.

Portanto, como já tratado ao longo do presente trabalho, foi estudado os conceitos e origem histórica e etimológica do poder familiar, instituto do qual a guarda decorre. Após, foi a guarda de um modo geral e também a guarda compartilhada especificamente, a fim de trazer ao presente trabalho os meios necessários para um conclusão a respeito do tema escolhido.

Diante disto, conclui-se pela impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, mesmo com a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014 através da qual o compartilhamento das responsabilidades passou regra.

Como vimos, a guarda em um sentido amplo derivou a possibilidade jurídica dos genitores se separarem e divorciarem, razão pela qual o instituto foi criado a fim de regulamentar a forma de responsabilidade dos pais sobre os filhos.

A guarda compartilhada já existe há anos no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto somente com a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014 é que referido instituto passou a ser considerada a regra, mesmo quando há consenso entre as partes.

De uma certa maneira, parece simples a aplicação do instituto naqueles casos em que há o consenso dos genitores, especialmente pelo fato de imposição legal impondo sua aplicação como regra. Mas, analisando inúmeras situações fáticas, parece que aplicação da guarda compartilhada não atinge o fim e a necessidade que deveria.

Situações como o desentendimento contínuo e frequente dos genitores, residência em cidades diversas, entre outras situações, que por si só, impedem e impossibilitam a aplicação da guarda compartilhada. Tais situações tem feito, inclusive, com que a jurisprudência não tenha aplicado a guarda compartilhada.

Acertadamente, não se pode aplicar a guarda compartilhada em análise ao simples texto normativo da Lei 13.058/2014. A aplicação dos novos dispositivos legais deve ser feita sob viés constitucional. E é realmente a partir disto, que a própria Constituição Federal estabelece o princípio do melhor interesse do menor, não podendo ser esquecido tal princípio fundamental.

A guarda compartilhada visa, especialmente, garantir o melhor interesse da criança e adolescente, de acordo com as disposições previstas na Constituição da República Federativa do Brasil. Se este fim não é atingido, seja pela inexistência de relação harmônica entre os genitores ou residência em locais diversos, não há motivos para aplicação do instituto.

Em razão destes motivos, concluo o presente trabalho com a opinião de impossibilidade de aplicação do compartilhamento das responsabilidades – guarda compartilhada – frente a situações fáticas que demonstrem que a aplicação deste instituto não é a melhor maneira de se conduzir o processo de estabelecimento da guarda.

Assim, expostos todos os motivos e esclarecida toda a matéria, encerra-se o presente trabalho de conclusão de curso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BRASIL. *Código Civil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.
- _____. *Código Penal*. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. *Estatuto da criança e adolescente*. Distrito Federal: Brasília, 1990.
- CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos: na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000.
- CARVALHO, Dimas Messias de. *Ação e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar: comentários à Lei 11.698, de 13 de junho de 2008*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GIMENEZ, Angela. *A guarda compartilhada e a igualdade parental*. Disponível em <www.tjmt.jus.br/noticias/37024#.BJyZN14Dpg>. Acesso em 26 out. 2015
- GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. São Paulo, Saraiva, 2015.
- ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e adolescente*. São Paulo: Atlas, 2014.
- LÔBO, Paulo. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LÔBO, Paulo. *Do poder familiar*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 28 mai. 2015
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Juruá, 2002.
- OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Direito de família: aspectos sóciojurídicos do*

casamento, união estável e entidades familiares. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível nº 70049860968, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70065888786, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 23 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70063573299, da Oitava Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70053239927, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70064899990, da Oitava Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível nº 70065362386, da Oitava Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível nº 70066073578, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70065888786, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 28 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70065701716, da Oitava Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 28 out. 2015

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. Leme: Mizuno, 2015.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Forense, 2014.

SPENGLER, Fabiano Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Por Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

VENOSA, Silvio. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2012.

CURSO DE DIREITO

Angela Rejane Guidolin Newlands

**GUARDA COMPARTILHADA: CONDIÇÕES E (IM)POSSIBILIDADES DE SUA
IMPOSIÇÃO**

Santa Cruz do Sul
2015

Angela Rejane Guidolin Newlands

**GUARDA COMPARTILHADA: CONDIÇÕES E (IM)POSSIBILIDADE DE
SUA IMPOSIÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso,
modalidade monografia, apresentada ao
Curso de Direito da
Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC,
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto
Orientador

Santa Cruz do Sul
2015

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE

CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender ao disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus 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 Angela Rejane Guidolin Newlands adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul – RS, 03 de novembro de 2015.

Prof. Ms. Theobaldo Spengler Neto
Orientador

Ao meu marido e meus filhos, por todo apoio que recebi.

É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se aos pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.

(ROOSEVELT, Theodore)

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer ao meu querido e amado marido, Geraldo Haiml Newlands, que me apoiou durante toda esta jornada, depositando toda confiança em minha pessoa. Outrossim, dedico aqui algumas palavras em tom de agradecimento aos meus filhos que sempre se mostraram dispostos a me auxiliar nesta árdua batalha.

Aproveito a oportunidade para agradecer, ainda, aos Mestres, aos colegas do Curso de Direito da UNISC Santa Cruz do Sul, a todos os funcionários do referido estabelecimento educacional, não só pelos ensinamentos, mas também pela amizade, que certamente levarei comigo para o resto de minha vida.

Ainda assim, não poderia de agradecer ao Professor Theobaldo Spengler Neto, meu orientador, pela atenção e dedicação empreendida no auxílio ao presente trabalho.

Por fim, me sinto grata também a todas aquelas pessoas que me apoiaram no decorrer de minha faculdade, me apoiando e incentivando intensamente.

RESUMO

A presente monografia que traz consigo o recente tema “guarda compartilhada”, aborda a realidade prática da (im)possibilidade de sua imposição. No presente trabalho será aprofundado o estudo da guarda, não só nos moldes como se encontra atualmente, mas também a evolução histórico-normativa do instituto de direito de família, fazendo referência, ainda, aos diversos textos normativos em nível mundial a respeito do tema. O ponto crucial, é a recente alteração no instituto guarda, que estabeleceu a guarda compartilhada como regra – ao invés de exceção, como anteriormente –, fazendo com que passássemos a analisar a teoria e também a prática do instituto. Para a concretização deste trabalho de monografia, se utilizou o método de pesquisa bibliográfica das inúmeras doutrinas a respeito do tema, consistindo fundamentalmente na leitura e fichamento de doutrinas. Ademais, foi utilizado inúmeros julgados dos tribunais superiores, a fim de viabilizar a análise da aplicação da teoria na prática, diante de inúmeros casos. Deste modo, será abordado no primeiro capítulo a, sendo seguido pelo segundo capítulo com o título . Por fim, será tratada especialmente a guarda compartilhada, trazendo conhecimentos teóricos e práticos.

Palavras-chave: guarda; guarda compartilhada; (im)possibilidade de imposição.

ABSTRACT

This monograph brings the recent theme of "shared custody", addresses the practical reality of the (im) possibility of its imposition. In this work will be in-depth study of the guard, not only in the manner as is currently, but also the historical-normative development of family law institute, referring also to the various normative texts worldwide on the subject. The crucial point is the recent change in the guard institute, which established joint custody as a rule - rather than the exception, as before - causing us to spend examining the theory and also the practice of the institute. To achieve this thesis work, we used the method of literature review the numerous doctrines on the subject, consisting primarily in reading and BOOK REPORT doctrines. In addition, we used countless judged by higher courts in order to facilitate the analysis of the theory in practical application, in front of numerous cases. Thus, it will be discussed in the first chapter, followed by the second chapter with the title. Finally, it will be specially treated joint custody, bringing theoretical and practical knowledge.

Keywords: guard; shared custody; imposition of (im)possibility.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 PODER FAMILIAR.....	11
2.1 Evolução histórica do Poder Familiar.....	11
2.2 Conceituação e características do Poder Familiar.....	18
2.3 Exercício do Poder Familiar.....	20
2.4 Extinção e suspensão do Poder Familiar.....	24
3 A GUARDA.....	31
3.1 Conceituação e evolução histórica do instituto guarda.....	31
3.2 Guarda unilateral.....	37
3.3 Guarda alternada.....	42
4 GUARDA COMPARTILHADA.....	45
4.1 Guarda compartilhada.....	45
4.2 Guarda alternada ou guarda compartilhada?.....	49
4.3 Alimentos na guarda compartilhada.....	51
4.4 A (im)possibilidade de imposição da guarda compartilhada frente as situações fáticas	55
5 CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho de conclusão de curso irá abordar a guarda compartilhada, estudando, com isto, o poder familiar, as formas de guarda e, por fim, a guarda compartilhada. Será abordada a conceituação dos institutos civis de direito de família, bem como a origem histórica e etimológica dos mesmos, além trazer inúmeros casos práticos a fim de elucidar a matéria.

Como se sabe, sobreveio ao ordenamento jurídico recente alteração legislativa, modificando a sistemática de aplicação da guarda compartilhada. Com isto, será abordado no primeiro capítulo o tema poder família, trazendo sua conceituação, bem como evolução histórica e etimológica, tratando para tanto as características, além de suas formas de suspensão e extinção.

Posteriormente, no segundo capítulo será abordado o tema guarda, trazendo ao presente trabalho de conclusão de curso as inúmeras formas de aplicação da guarda, seja unilateral ou alternativa, explicando os seus conceitos, breves diferenciações, conceitos e entendimentos jurisprudenciais.

Por último, será analisado no terceiro capítulo o tema específico da guarda compartilhada, objeto principal do presente trabalho, trazendo à baila assuntos como a guarda compartilhada em si, a diferenciação a ser feita entre a guarda compartilhada e a guarda alternada, os alimentos na guarda compartilhada, bem como o entendimento jurisprudencial a respeito, trazendo casos práticos que demonstram a (im)possibilidade de aplicação da guarda após verificação de algumas situações fáticas.

Sendo assim, será abordado neste trabalho, toda a matéria relativa a guarda compartilhada, demonstrando teórica e praticamente o conteúdo de forma acintosa, visando o melhor esclarecimento do tema.

2 O PODER FAMILIAR

No presente capítulo realizar-se-á uma abordagem teórica acerca do instituto chamado poder familiar, analisando-o a partir da antiga expressão “pátrio poder”, passando por sua evolução histórico-normativa, para chegarmos atualmente na expressão poder familiar. Será demonstrada e transcrita grande parte do texto normativo para ambos os casos, trazendo dispositivos legais já revogados e alguns ainda em vigência, a fim de esclarecer e demonstrar a evolução da norma, direcionando-a para os moldes atuais.

2.1 Evolução histórica do poder familiar

O pátrio poder teve origem especialmente no direito romano (Roma antiga), cuja civilização utilizava a expressão “pater famílias”, o qual era exercido sobre todos os membros da família, sejam os filhos, esposa e até mesmo os eventuais servos da família romana. Em resumo, o poder familiar era exercido sobre tudo aquilo que possuísse a propriedade pela família romana.

Ademais, a estrutura familiar, ganhava desde a Roma antiga a essência conhecida hoje, como sendo o meio de sustentação da coletividade como sociedade. Sendo assim, a centralização do poder familiar à luz do direito romano, que na presente hipótese era realizado na pessoa do pater na família romana, restava clara a dependência de toda a família, sem exceção, no chefe familiar, sendo estes totalmente dependentes.

Somente a título explicativo e exemplificativo, o chefe familiar possuía inúmeros direitos extremos em relação aos seus filhos, ferindo, inclusive, os direitos humanos. Entre eles os principais direitos extremos estão o “jus vitae et necis” que permitia ao chefe familiar de forma legal – sem ofender a legislação da época – a matar seu próprio filho, além do “jus exponendi”, cujo poder concedia ao chefe familiar a possibilidade de abandonar sua prole, quando recém nascida, nas hipóteses em que se verificasse alguma deficiência incurável, o que lhe tornaria inapta, de acordo com o entendimento pacificado à época, de manter-se livremente e independentemente, além da dificuldade futura em constituir sua própria família.

De forma totalmente lógica, com o passar dos anos, tais direitos totalmente extremos deixaram de existir, mas, que de qualquer forma, manteve-se em vigência na legislação romana por inúmeros anos, dando origem e inspirando às legislações

no restante do mundo, acerca do poder familiar.

Tratada esta parte inicial, em que foi aduzido brevemente o poder familiar no direito romano (Roma antiga), imperioso tratar também o poder familiar no antigo direito luso brasileiro, que conseqüentemente influenciou toda a evolução normativa da legislação.

Sendo assim, com nítida influência do direito romano (aduzido acima), na época da colonização do Brasil, após a sua descoberta pelo povo europeu, vigoravam leis e decretos promulgados pelos reis de Portugal. Entre estas leis e decretos emitidos pelos reis de Portugal, vigorava no direito luso brasileiro o poder familiar exercido sobre os filhos – legítimos e legitimados, não alcançando os filhos naturais e bastardos –, o qual era compreendido como um pater famílias.

Madaleno (2015) ensina que a expressão utilizada, “pátrio poder”, induzia a uma interpretação através da qual se tendia que o pai possuía um poder gigantesco com relação ao filho, se mostrando contraditório este poder entre os cônjuges, visto que a mãe não possuía os mesmos direitos.

Por conseguinte, as características do poder familiar, podendo ser chamado no antigo direito luso brasileiro de pátrio poder, demonstra que somente o pai (chefe familiar) poderia exercer o poder sobre a família, não podendo e cabendo à mãe tais tarefas. Competia a esta apenas certos direitos referentes à subordinação dos filhos para com a mesma, em atenção as regras impostas, bem como à necessidade dos filhos manterem extremo respeito a figura da mãe.

Outrossim, importante ressaltar que, mesmo com o atingimento da maioridade (que à época alcançava-se aos 25 anos de idade), não ocorria a cessão do pátrio poder se os filhos ainda continuassem sob a dependência econômico-financeira do chefe familiar, hipótese que não se verificava quando da constituição de nova família pelo próprio filho.

Somente a título de elucidação, mas não menos importante para esclarecimento do tema, na época em que vigorava o direito luso brasileiro o poder familiar – pátrio poder – possuía inúmeras regras no tocante às questões patrimoniais dos filhos. Isto porque vigorava na legislação da época dispositivos que determinavam que tocava ao chefe familiar o usufruto e a propriedade do pecúlio profético (conjunto de bens pertencente ao chefe familiar, retirado de seu patrimônio e dado ao filho para administração deste).

Todavia, no que se referia ao pecúlio castrense (adquiridos por meio do serviço militar pelos filhos) ou quase castrense (similar ao anterior, mas adquiridos

através de atividade administrativo dos filhos na condição de funcionário do estado), caberia também ao chefe familiar o usufruto e a propriedade dos mesmos, incluindo aqui também a administração de tais pecúlios devidos aos seus filhos.

Já os pecúlios adventícios (bens adquiridos ou recebidos pelos filhos por meio de sucessão hereditária), caberia ao próprio filho a propriedade, cabendo ao chefe familiar tão somente o usufruto de tais bens. Gize-se que tal usufruto somente ocorria enquanto o chefe familiar estivesse exercendo o pátrio poder, pois, do contrário, seria exercido pelo próprio filho.

Entretanto, não eram submetidas as referidas normas aquele patrimônio adquirido pelo próprio filho através de sua atividade laboral, bem como o pecúlio adventício extraordinário, sendo este o patrimônio adquirido também pelo filho, mas que desde o a sua aquisição já recebia as características de uso e fruto, além da propriedade do mesmo.

Ainda, cabe trazer à baila, a característica que o pátrio poder possuía à época do direito luso brasileiro de ser vitalício e desempenhado unicamente pelo chefe familiar, via de regra, podendo ser extinto apenas com o preenchimento de pequenas hipóteses.

A regra da competência do chefe familiar para desempenhar o pátrio poder, foi “extinta” com o advento do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, cujo texto normativo tratava as normas para o casamento civil, estabeleceu que se o chefe familiar viesse a falecer, a viúva herdaria na condição de sucessora dos direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos menores, enquanto a mesma se conservasse na condição de viúva. Do contrário, caso a viúva cassasse novamente, ficaria impedida de administrar os bens dos filhos, nem como tutora ou curadora.

Neste sentido, vejamos o disposto no artigo 94 do Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, o qual dispõe o seguinte:

Art. 94. Todavia, si o conjuge fallecido for o marido, e a mulher não for binuba, esta lhe succederá nos seus direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos menores, emquanto se conservar viuva. Si, porém, for binuba, ou estiver separada do marido por culpa sua, não será admittida a administrar os bens delles, nem como tutora ou curadora. (sic)

Diante de tais mudanças, pode-se verificar um marco histórico na evolução normativa do pátrio poder, permitindo uma hipótese, ainda que restrita, para que a mãe, em algum momento, fosse a titular do pátrio poder – ainda que na condição de sucessora de um direito.

Ademais, a normatização do poder familiar ganhou novo avanço para o que atualmente é, nos primórdios da legislação civil, ainda quando da vigência do Código Civil de 1916, pois em tal legislação não existia o instituto do poder familiar. Naquela época, estava em vigência o chamado pátrio poder, nos termos do já revogado artigo 379 do antigo Código Civil de 1916, o qual segue abaixo transcrito:

Art. 379. Os filhos legítimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estão sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores.

Como dito o *pátrio poder* foi previsto inicialmente no Código Civil de 1916, sendo aplicados na legislação pátria exatamente os termos do direito romano, sendo este, assim como no instituto romano *pater potestas*, exercido de forma incondicional e ilimitada pelo chefe da entidade familiar sobre seus filhos.

Assim, “o Código Civil de 1916 dispunha, em seu art. 379, que os filhos legítimos ou legitimados, os legalmente reconhecidos e os adotivos estariam sujeitos ao pátrio poder, enquanto menores”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 590)

Dias (2013, p. 434) lembra que

o Código Civil de 1916 assegurava o pátrio poder exclusivamente ao marido como cabeça do casal, chefe da sociedade conjugal. Na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher e, com isso, assumia ela o exercício do poder familiar com relação aos filhos. Tão perversa era a discriminação que, vindo a viúva a casar novamente, perdia o pátrio poder com relação aos filhos, independentemente da idade deles. Só quando enviuvava novamente é que recuperava o pátrio poder (CC/1916 393)

Dias (2013, p. 434) acrescenta que

o Estatuto da Mulher Casada (L 4.121/62), ao alterar o Código Civil de 1916, assegurou o pátrio poder a ambos os pais, mas era exercido pelo marido com a colaboração da mulher. No caso de divergência entre os genitores, prevalecia a vontade do pai, podendo a mãe socorrer-se da justiça.

Referida terminologia acabou por cair de vez em desuso somente após a promulgação do novo Código Civil de 2002.

Madaleno (2013) afirma que o instituto conhecido anteriormente como pátrio poder passou a afrontar diretamente a doutrina pela qual possuía como fundamento basilar a proteção integral dos filhos, razão pela qual o ordenamento jurídico, através

da promulgação de nova legislação civil, decidiu instituir o poder familiar, sendo este uma verdadeira tradução do dever/poder de ambos os pais de conduzirem os filhos, estabelecendo uma autoridade pessoal e patrimonial sobre os mesmos.

A nova denominação de poder familiar nada mais é do que a nova roupagem dada ao pátrio poder, cuja expressão remete ao direito romano, no qual era denominado *pater potestas*, aquele poder ilimitado e absoluto desempenhado pelo chefe da entidade familiar sobre os seus filhos. (RODRIGUES, 2004)

Ademais, como sabemos a atual Constituição Federal, adotando o princípio da isonômica, reconheceu tratamento igualitário tanto ao homem como à mulher. Deste modo, ao garantir direitos e também estabelecer direitos, na forma do artigo 226, §5º, da Constituição Federal, o qual segue colacionado abaixo, concedeu a ambos os pais a possibilidade de exercerem de forma conjunta o poder familiar, sem preterição de um ou outro na tomada de decisões.

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

[...]

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

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e Adolescente foi categórico ao estabelecer a quem cabe o exercício do poder familiar, cujo artigo 21 dispõe que

o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Dias (2013, p. 434), no tocante à conotação negativa trazida e estabelecida pelo vocábulo *pátrio poder*, ensina que

a conotação machista do vocábulo pátrio poder é flagrante, pois só menciona o poder do pai com relação aos filhos. Como se trata de um termo que guarda resquícios de uma sociedade patriarcal, o movimento feminista reagiu, daí o novo termo: poder familiar.

A partir de então, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a pressão exercida pela atualização cultural, em que a família estava em plena fase de transição, passando ambos os pais a tomarem as decisões relacionadas aos filhos, sendo considerado um processo natural de evolução da sociedade, o Código Civil de 2002 acompanhou as disposições constitucionais prevendo que o exercício do

poder sobre os filhos passaria ser exercido por ambos os pais, recebendo o nome de poder familiar.

Outrossim, complementa Dias (2013, p. 434) afirmando que “a emancipação da mulher e o tratamento legal isonômico dos filhos impuseram a mudança”, consistindo na concretização de direitos, já que a mulher passou a tomar as decisões em conjunto acerca de seus filhos, não tendo mais que acatar as decisões impostas pelos pais.

Sendo considerada grande atualização não só jurídica e legal, mas também espiritual e cultural, o Código Civil de 2002 aboliu a expressão *pátrio poder*, com o fim de ampliar a expressão para poder familiar, sendo este desempenhado por ambos os pais – leia-se, pais e mães –, sendo estes os responsáveis e legítimos a desempenharem o poder familiar de forma adjacente.

Neste sentido, temos a redação do artigo 1.631 do novo Código Civil de 2002, o qual passou a prever o poder familiar, sendo este um instituto pelo qual previu-se a isonomia entre os pais, como dito acima, sendo estes os responsáveis e legítimos a desempenharem de forma adjacente a responsabilidades pelos filhos menores de idade.

Mas claro, devo ressaltar que não poderia ser considerado nenhum aprimoramento terminológico se tal fato ocorresse somente com relação à nomenclatura do instituto, estando em total e gigantesca dissonância da evolução cultural das famílias.

Neste sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 590) ensina que

por isso, mais importante do que o aperfeiçoamento linguístico, é a real percepção, imposta aos pais e mães deste país, no sentido da importância jurídica, moral e espiritual que a sua autoridade parental ostenta, em face dos seus filhos, enquanto menores.

Dias (2013, p. 435) explica, ainda, que com a notável alteração no instituto familiar, este “deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles”.

Outro fato que merece o devido apontamento no presente trabalho, é a novíssima visão criada a respeito da forma de criação dos filhos, tendo como marco não só este aprimoramento do instituto, mas especialmente através da atualização cultural que a sociedade vivenciou. Anteriormente, possuía-se uma ideologia de que

a criação dos filhos era regida pela hierarquia do pai, sendo centralizado na pessoa deste as decisões pessoais e patrimoniais dos filhos.

Rosa (2015, p. 16) ensina que

antes vivia-se uma lógica da hierarquia, imposição e castigo, na medida em que a experiência familiar era realizada a partir do pai, em lugar superior inclusive ao da genitora. As diretrizes familiares eram impostas pelo pai, sentado à ponta da mesa, pouco participativo (e, muitas vezes, pouco comunicativo também), que, provedor, tinha voz absoluta. Por último, a característica do castigo era vivenciada toda vez que os ditames do chefe da família não eram seguidos. Devemos lembrar que, no período anterior a 1988, a doutrina existente para os direitos da infância era da situação irregular, que percebia a criança como mero objeto e não sujeito de direito [...], sendo que o castigo corporal era incentivado, até mesmo socialmente.

Como visto, anteriormente a criança era considerada apenas um mero objeto, não sendo considerada um sujeito de direito, fato que se mostra totalmente contrário da forma em que ocorre atualmente. A criança, nos dias atuais, é sujeito de direitos, vigendo o princípio da proteção integral entre outras normas protetoras das crianças e adolescentes, razão pela qual os castigos – corporais, mentais e psicológicos –, na proporção em que eram utilizados e incentivados pela sociedade, deixaram de serem legítimos e aplicáveis.

Por fim, Rosa (2015, p. 17) explica o seguinte:

hoje vive-se, no seio familiar, uma época de horizontalidade dos arranjos construídos e do diálogo. A inserção da mulher no mercado de trabalho, sua autonomia financeira e, também, o novo comportamento do homem na criação dos filhos trouxeram à rotina das famílias um ambiente em que ambos os pais decidem não apenas a melhor época para serem pais, mas também toda a rotina da prole em conjunto. O exercício da parentalidade hoje é um constructo diário e diuturno que, diante das necessidades dinâmicas da prole, impulsionadas muitas vezes pela lógica do mercado, faz que os interesses dos filhos sejam, muitas vezes, construídos com esses e não apenas entre os genitores de forma impositiva.

Complementa, ainda, que

[...] esse novo tempo nas entidades familiares justifica a adoção do termo “função familiar” relativo à designação do que, em nossa codificação civil, encontra-se expresso como poder familiar. Esse instituto, conforme acima exposto, serve muito mais ao inovador espaço dos genitores no interesse positivo dos filhos, do que se pensado como poder, noção esta que afasta e, por certo, não atende às diretrizes do melhor interesse das crianças e adolescentes.

Sendo assim, tratado este assunto até o presente momento, estas foram as principais modificações ocorridas no poder familiar, conceitualmente e historicamente, cabendo aqui, somente ressaltar tais fatos, os quais foram julgados

pertinentes ao presente trabalho de conclusão de curso, com o fim de esclarecimento da matéria principal.

2.2 Conceituação e características do poder familiar

Considerando as argumentações trazidas acima, podemos ter breves conceitos acerca do poder familiar. Entretanto, no presente ponto conceituaremos especificamente o poder familiar, abordando as conclusões doutrinárias acerca do tema.

Deste modo, importante trazer à baila a conceituação basilar do poder familiar, a qual é utilizada no atual regramento jurídico a respeito do tema. Pois, embora tratado a origem histórica e terminológica do instituto, imperiosa é a denominação neste momento de um conceito atual do instituto e que esteja em extrema vigência no nosso ordenamento jurídico.

Conforme Rosa (2015) explica o atual poder familiar é popularmente conceituado pela doutrina como uma responsabilidade atribuída aos genitores, enquanto perdurar a menoridade da prole, representando-se em um nítido *múnus público*. Tal responsabilidade, em sua essência, é um poder-dever a ser exercido pelos genitores em face de sua prole, no tocante ao desenvolvimento e a educação.

Conclui Rosa (2015, p. 15) que o poder familiar “representa, ainda, um dever dos pais em relação aos filhos e um direito em relação a terceiros”.

Sendo assim, poder-se-ia aduzir que o poder familiar, pelas suas características, aparenta ser muito mais um dever do que simplesmente um poder relacionado aos pais sobre seus respectivos filhos. O poder familiar, também muito chamado de autoridade parental pela doutrina, passou a ter roupagem de um *múnus*, sendo mais correto chamarmos este instituto de direito de família de dever familiar ou função familiar.

Ademais, os filhos passaram de objeto de poder a sujeitos de direito. Havendo essa inversão, ensejou severa alteração no teor do poder familiar, especialmente em razão do interesse social envolvendo os menores. Pois, não se trata mais de um exercício de autoridade e domínio, mas sim de uma incumbência legal imposta aos pais, devendo ser rigorosamente e fielmente cumprida nos seus exatos termos (VENOSA, 2012).

O poder familiar sempre foi objeto de exemplo com o fim de esclarecer real noção de direito-dever ou poder-função, sendo nítido marco consagrador da teoria

funcionalista previsto pelas normas de direito de família, cuja teoria resume-se no poder/dever que é exercido pelos pais sobre seus filhos, mas que possui caráter benéfico aos interesses destes. (OLIVEIRA; MUNIZ, 2002)

Tartuce (2012, p. 1191, grifo próprio) lembra que

o poder familiar é uma decorrência do vínculo jurídico de filiação constituindo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto. Anote-se que parte da doutrina prefere o termo **autoridade parental**, constando proposta e alteração das expressões no estatuto das famílias (PL 2.285/2007). Nessa linha, nas justificativas da proposição é expresso que o termo autoridade se coaduna com o princípio de melhor interesse dos filhos, além de contemplar a solidariedade familiar.

Já no que tange às características do poder familiar, Dias (2013, p. 436, grifo próprio) ensina que “o poder familiar é **irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível**, e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva”. Acrescenta, ainda, Dias (2013, p. 436, grifo próprio) que “as obrigações que dele fluem são **personalíssimas**”.

Assim, o poder familiar é irrenunciável, vez que os genitores não podem abdicar-se de tal responsabilidade, pois, como já tratado, configura-se verdadeiro dever-função; Da mesma forma, é imprescritível o poder familiar, tendo em vista que o seu não exercício por determinado lapso temporal, não faz com que os genitores percam tal condição, a qual somente ocorrerá nas hipóteses que serão tratadas no tópico adequado.

Por conseguinte, o poder familiar também é inalienável e intransferível, considerando que tal responsabilidade não pode ser passada pelos genitores a outras pessoas, tanto na forma onerosa, como na forma gratuita.

Com relação à irrenunciabilidade do poder familiar, Rosa (2015, p. 18) explica com certa propriedade que referido caráter

noticia a aproximação aos direitos fundamentais especiais dos filhos. Nota-se, aqui, que o direito fundamental gera um correspondente dever de igual categoria. Não é admissível, juridicamente, “renunciar a um dever”, especialmente quando se refere a um dever que corresponde a um direito fundamento alheio.

Ao final, Lôbo (2011) elucida que assim como os genitores não podem renunciar aos filhos, todo e qualquer encargo legal oriundos da paternidade, da mesma forma, não podem ser transferidos ou alienados, mesmo que realizado a

parentes.

Seguindo a mesma ideologia, “as crianças e adolescentes não podem renunciar aos pais, porque não lhes cabe, expressamente, abdicar direito de direitos fundamentais”. (ROSA, 2015, p. 18)

Outrossim, é nula a renúncia ao poder familiar, não podendo os genitores agirem de tal forma. Hipótese de ocorrência disto, é a delegação do exercício do poder familiar a terceiros, preferencialmente um membro da família. (LÔBO, 2011).

Com isto, o Estatuto da Criança e Adolescente estabeleceu o princípio da proteção integral, tanto de crianças, como também de adolescentes, emprestando nova configuração ao instituto em comento.

Tanto é que o próprio Estatuto da Criança e Adolescente, em seu artigo 249, o qual segue abaixo colacionado, previu pena de multa de três a vinte salários de referência em caso de descumprimento dos deveres referente ao poder familiar, não importando se for de forma dolosa ou culposa.

Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:
Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

Assim, sucintamente demonstradas as características do poder familiar e possíveis consequências com eventuais descumprimentos, concluímos o presente ponto aduzindo que o poder familiar atualmente é aquele dever-função que os pais possuem sobre seus filhos de manterem e tomarem decisões totalmente favoráveis às crianças e adolescentes, visando sempre o melhor a estes, em razão da expressa previsão legal do princípio da proteção integral.

2.3 Exercício do poder familiar

O exercício do poder familiar é previsto, como já narrado, desde o Código Civil de 1916 – ainda que na sua forma primitiva denominada *pátrio poder* –, cujo diploma legal já revogado previa em seu artigo 380 o seguinte

Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.

Já no Código Civil de 2002, o artigo 1631 estabelece que tanto no casamento,

como na união estável, incumbe o exercício do poder familiar à ambos os pais, sem qualquer distinção entre um ou outro, podendo ser exercido com exclusividade por apenas um dos genitores, desde que no impedimento ou também na falta de um deles.

É neste sentido que Tartuce (2012, p. 1191, grifo próprio) ressalta que

o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, não sendo mais o caso de se utilizar, em hipótese alguma, a expressão **pátrio poder**, totalmente superada pela **despatriarcalização do direito de família**, ou seja, pela perda do domínio exercido pela figura paterna no passado. Eventualmente, em casos de família homoafetiva, o poder familiar pode ser exercido por dois homens ou por duas mulheres, sem qualquer ressalva no tratamento da matéria.

Vejamos o disposto no artigo 1631 do Código Civil de 2002:

Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Como bem explica Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 592),

vale ainda observar, na perspectiva constitucional do princípio da isonomia, não haver superioridade ou prevalência do homem, em detrimento da mulher, não importando, também, o estado civil de quem exerce a autoridade parental.

Como exemplo do ensinamento colacionado acima, em que o estado civil de um dos pais que exerce a autoridade parental não ocasionará a perda desta característica, especialmente quando ocorre a concepção de novo matrimônio, podemos citar o artigo 1.636 do Código Civil de 2002, o qual estabelece que não há o perdimento do poder familiar quando um dos genitores contrai novas núpcias ou estabelece nova união estável. Vejamos:

Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteira que casarem ou estabelecerem união estável.

Aliás, como já tratado, devemos lembrar que o parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil, aduzindo que “divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do

desacordo”.

Sendo assim, a respeito do exercício do poder familiar, devemos ressaltar o que Dias (2013, p. 436) explica com grande valia, senão vejamos:

todos os filhos, de zero a 18 anos, estão sujeitos ao poder familiar, que é exercido pelos pais. Falecidos ou desconhecidos ambos os genitores, na contramão de tudo que vem sendo construído pela doutrina da proteção integral, os filhos ficarão sob tutela (CC 1.728 I). O filho maior, mas incapaz, está sujeito à curatela, podendo o pai ou a mãe ser nomeado curador (CC 1.775 §1º)

Portanto, devo salientar neste momento que o poder familiar que possuem os genitores encontra-se disciplinado no Código Civil de 2002, o qual foi categórico ao estabelecer as obrigações e limites confiados aos pais, no pleno exercício da referida autoridade parental.

Destarte, o artigo 1.634 do Código Civil aponta em seu caput que “compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos”.

Além do mais, os incisos do referido dispositivo legal, preveem o seguinte:

[...]
 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;

Por fim, mas não tão menos importante, dos incisos VII a IX, estabelecem o seguinte:

[...]
 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.

Como visto, os seis primeiros incisos, pela sua própria redação, são de simplificada intelecção, os quais reforçam a ideia já trazida à baila aduzindo que o poder familiar se manifesta como uma prerrogativa dos genitores, havendo motivos para a sua existência o princípio da proteção integral do menor.

Já com relação ao inciso IX, Lôbo (2010) ensina o seguinte:

tenho por incompatível com a Constituição, principalmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1.º, III, e 227), a exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a "serviços próprios de sua idade e condição", além de consistir em abuso (art. 227, § 4.º). Essa regra surgiu em contexto histórico diferente, no qual a família era considerada, também, unidade produtiva e era tolerada pela sociedade a utilização dos filhos menores em trabalhos não remunerados, com fins econômicos. A interpretação em conformidade com a Constituição apenas autoriza aplicá-la em situações de colaboração nos serviços domésticos, sem fins econômicos, e desde que não prejudique a formação e educação dos filhos.

No que tange, ainda, ao inciso IX do citado dispositivo previsto no Código Civil de 2002, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p.593) afirma que

de fato, a parte final do dispositivo, tal como redigida, subverte a lógica do sistema que espera, do menor, não um potencial imediato de exercício de capacidade laborativa, mas, sim, e principalmente, exercício de tarefas compatíveis com o seu estágio de desenvolvimento, especialmente no âmbito da sua educação.

Seguindo este entendimento, podemos afirmar que “à vista do exposto, a exigência de serviços além dos limites do razoável poderá caracterizar a exploração da mão de obra infantil e do adolescente” lembrando que em caso de ser verificada a ocorrência disto poderá ensejar a aplicação das sanções correspondentes. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 594).

Por fim, analisando o dispositivo legal já citado, o qual estabelece os deveres e as obrigações dos genitores sobre seus filhos na vigência do poder familiar, podemos verificar que referidos incisos se tratam de um rol exemplificativo, especialmente pelo fato de que os principais e tão importantes deveres destes não foram previstos. Isto porque, o dever dos genitores sobre seus filhos também incide no dever de fornecer carinho, amor e afeto. (DIAS, 2013)

Destarte, “a missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limita a encargos de natureza patrimonial” (DIAS, 2013, p. 440). Ocorre que a essência do poder familiar impõe a afetividade responsável que liga os genitores de sua prole, sendo resultado disto o afago, o cuidado, o carinho, e, em resumo, a convivência no seio familiar.

Embora o texto legal não tenha previsto expressamente tais deveres dos genitores, estes se encontram implicitamente nos textos legais, afinal toda a proteção prevista pelo legislador, foi fruto da ideia de primar pela proteção integral

da criança e adolescente. Em resumo, a proteção e o bem-estar da criança e adolescente, primando por isto na convivência de seus familiares, é um dever dos genitores, que através das obrigações impostas pelo poder familiar, devem zelar pela sua correta e eficaz ocorrência e manutenção.

Deste modo, concluímos o ponto que recebeu a nomenclatura de exercício do poder familiar, analisando, ainda que sucintamente, os limites impostos pela lei quando do exercício da autoridade parental por quem a legalmente, sendo esta prerrogativa estritamente ligada ao interesse existencial do próprio menor, além do princípio da proteção integral da criança.

Passar-se-á neste momento à análise das formas em que poderão ocorrer a extinção, suspensão e destituição do poder familiar.

2.4 Extinção e suspensão do poder familiar

Neste momento, passaremos a abordar o tema denominado de extinção, suspensão e destituição do poder familiar, mediante a apresentação de casos práticos, colacionando ementas jurisprudenciais, além de abordar os dispositivos legais e ensinamentos doutrinários.

Como se sabe e já abordado no presente trabalho, o poder familiar, chamado por alguns doutrinadores de autoridade parental, mostra ser um dever dos genitores, o qual deve ser desempenhado visando sempre o interesse e proteção dos filhos. Deste modo, o legislador achou por bem entender que o Estado deveria ter o poder e a legitimidade, através dos órgãos públicos – como, por exemplo, o Ministério Público –, para adentrar no âmbito familiar, visando a defesa da criança e adolescente.

Outrossim, a legislação brasileira previu hipóteses em que poderá ocorrer a extinção, suspensão e destituição do poder familiar, caracterizando algumas medidas a serem tomadas quando da ocorrência dos fatos geradores de legítimas sanções. Dias (2013, p. 444) lembra que

o intuito não é punitivo – visa muito mais preservar o interesse dos filhos, afastando-os de influências nocivas. Em face das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção coloca em perigo a segurança ou a dignidade do filho. Assim, havendo possibilidade de recomposição dos laços de afetividade, preferível somente a suspensão do poder familiar.

Sendo assim, a primeira hipótese a ser tratada é a **extinção** do poder familiar, a qual é prevista expressamente no vigente Código Civil. Pois bem, nos termos do artigo 1.635 do Código Civil, a extinção do poder familiar poderá ocorrer de diversas formas, ainda que por razão não imputável (voluntariamente) a algum dos genitores, dentre as quais estão previstas as seguintes:

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

Assim, sendo verificada qualquer destas hipóteses previstas no rol acima transcrito, o poder familiar dos pais sobre os filhos deixará de existir. Entretanto, devemos lembrar que o perdimento do poder familiar poderá acontecer em virtude de condutas graves, não importando se dolosas ou culposas, ocasião em que o magistrado poderá decretar, em procedimento iniciado pelo Ministério Público, nos termos dos artigos 155 e 163 do Estatuto da Criança e Adolescente, a destituição do poder familiar, desde que respeitados as garantias constitucionais, especialmente o direito à ampla defesa e contraditório. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013).

Neste sentido, dispõe o artigo 1.638 do Código Civil, senão vejamos:

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

A respeito do citado dispositivo legal, Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 596) ensinam de forma única que

trata-se, em tais casos, de uma verdadeira sanção civil, grave e de consequências profundas. A forma como foi redigida a previsão do art. 1.638, remetendo ao inciso IV do art. 1.637, CC-02, é uma inovação do vigente Código Civil brasileiro (sem correspondente imediato no CC-16), referindo-se à possibilidade de perda do poder familiar na reiteração de suspensão do poder familiar, caso em que o juiz, no exercício do poder geral de cautela, sem alijar o pai ou a mãe em definitivo da sua autoridade parental, obsta o seu exercício.

Outrossim como vimos, poderá ocorrer a extinção quando reiteradamente os pais sofrerem pena de suspensão do poder familiar, o que poderá ocorrer quando

faltarem com os deveres inerentes aos filhos, desrespeitando-os, além de arruinar eventuais bens destes.

O artigo 1.637 do Código Civil de 2002 estabelece que

Art. 1.637. [...].

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.

Em atenção ao dispositivo legal citado acima, devemos fazer referência à outra hipótese de perdimento do poder familiar, o qual pode ser destituído hipótese em caso de emissão de decreto condenatório em favor de um dos pais pela prática de crime praticado contra o filho, sendo efeito da própria condenação criminal.

Nesse ínterim, o artigo 92 do Código Penal estabelece que:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

[...]

II - A incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

[...]

Ainda a respeito do tema, importante frisar o Artigo 92, parágrafo único, do Código Penal (grifei), que estabelece que “os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença”.

De outra banda, importante aqui salientar a diferenciação que se deve fazer a respeito dos termos **extinção** e **perda** realizada por alguns doutrinadores, mas não havendo grande seguimento desta teoria pela maioria. Dias (2013, p. 446) lembra que “perda é uma sanção imposta por sentença judicial, enquanto a extinção ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo”. Ainda assim, há no Código Civil a utilização destas expressões sem distinções, o que nos impossibilita de mantermos esta divisão, o que me parece serem utilizados como sinônimos.

Outro fato que merece destaque é o disposto no já citado artigo 1.636 do atual Código Civil de 2002, o qual segue colacionado novamente: “o pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”.

Da mesma forma, o artigo 1.636, parágrafo único, do Código Civil de 2002, estabelece que “igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à

mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável”.

Por fim, após trazermos à baila importantes considerações acerca da extinção do poder familiar, devemos salientar a possibilidade elencada pela doutrina, da qual também compartilho, de admitir a revogação de tal medida. Pois, como lembra Gomes (2012), que a decretação da perda do poder familiar não deve ter como consequência prática o afastamento permanente dos pais em relação aos seus filhos, o que poderia acabar por afetar o desenvolvimento do menor, a depender do caso prático.

Assim, o perdimento do poder familiar, da mesma forma como pode ser decretado visando o melhor do menor, entendemos também ser possível a revogação de tal medida, vez que o perdimento não deve ter como fim atingir o menor com a ausência de um dos genitores. Como já referido, devem as decisões a respeito do tema sempre visar o melhor interesse do menor, seja decretando o perdimento ou revogando a medida que o decretou.

Com isto, outra hipótese que será tratada no presente tópico, será a **suspensão** do poder familiar, sendo tal medida considerada menos gravosa com relação à extinção, visto que poderá haver uma revisão do ato judicial que a decretar.

Como já amplamente tratado, a revisão da suspensão do poder familiar poderá ocorrer sempre visando o interesse das crianças e adolescentes, oportunidade em que a convivência no seio familiar será analisada como meio de atender de forma eficaz os interesses destes. Tanto é que a suspensão possui caráter facultativo, podendo, de acordo com o caso prático, o magistrado deixar de aplicar tal medida, primando pelo bem-estar da criança e do adolescente. (RODRIGUES, 2004)

Ressalta Dias (2013, p. 445) que a suspensão do poder familiar

pode ser decretada com referência a um único filo e não a toda prole. Também pode abranger apenas algumas prerrogativas do poder familiar. Em caso de má gestão dos bens dos menores, é possível somente afastar o genitor da sua administração, permanecendo ele com os demais encargos.

Portanto, a suspensão do poder familiar é prevista no artigo 1.637 do novo Código Civil de 2002, o qual prevê o seguinte:

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.

Sendo assim, “a suspensão do exercício do poder familiar cabe nas hipóteses de abuso de autoridade (CC 1.637): faltando os pais aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos”. (DIAS, 2013, p. 446).

Com isto, nos termos do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, cuja redação foi incluída pela Emenda Constitucional nº 65/2010, são deveres dos pais garantirem aos jovens, adolescentes e crianças o sustento, educação e guarda.

Para tanto, o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que os genitores deverão assegurar aos filhos, com incondicional primazia, os direitos “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”, bem como “colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, o que, do contrário, poderão sofrer com as consequências da perda ou suspensão do poder familiar.

Entretanto, a respeito não só da extinção como também da suspensão do poder familiar, devemos lembrar que

ainda que, de modo expreso, tenha o genitor o dever de sustento da prole, o descumprimento desse encargo não justifica a suspensão do poder familiar, pois a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda nem para a suspensão do poder familiar. (Dias, 2013, p. 446)

Nesta seara, importante lição nos traz o artigo 23 do Estatuto da Criança e Adolescente, o qual segue abaixo transcrito.

Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar.

§ 1º. Não existindo outro motivo que por si só autorize a decretação da medida, a criança ou o adolescente será mantido em sua família de origem, a qual deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio.

§ 2º. A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso, sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha.

Como visto, a falta ou carência de recursos não servirá como fundamento para a perda ou suspensão do poder familiar. Tanto é que Teixeira e Ribeiro (2008,

p. 265), tratando do artigo 23 do Estatuto da Criança e Adolescente, lembram que

[...] a insuficiência ou falta de recursos financeiros não constituem razão suficiente para a suspensão ou perda do poder familiar, conforme estabelece o art. 23, ECA, pois o mais relevante é que o melhor interesse da criança e do adolescente se concretize, e este abrange interesses que vão muito além das condições materiais, embora esta, por óbvio, seja relevante.

Outrossim, como já narrado acima, o artigo 1.637, parágrafo único, do Código Civil de 2002, o qual segue novamente colacionado abaixo, prevê hipótese de suspensão do poder familiar em caso de condenação irrecorrível em razão da prática de crime, cuja pena aplicada seja superior a dois anos.

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.

É neste sentido que Dias (2013, p. 446) rebate com grande inteligência o dispositivo legal acima tratado, aduzindo que

desarrazoada a suspensão do poder familiar em face de condenação do guardião, cuja pena exceda a dois anos de prisão (CC 1.637 parágrafo único). Tal apenação não implica, necessariamente, em privação da liberdade em regime fechado ou semiaberto, porquanto a lei penal prevê o cumprimento a pena igual ou inferior a 4 anos em regime aberto (CP 33 § 2º c), sem falar na possibilidade de substituição da pena por sanções restritivas de direitos (CP 44).

Conclui, ainda, Dias (2013, p. 446), afirmando que ainda assim, caso não ocorra nenhuma das hipóteses acima descritas, existem em diversos estabelecimentos prisionais femininos as creches, local em que as mães presas poderão ficar com seus respectivos filhos em sua companhia, no mínimo quando estes forem de tenra idade. Sendo assim, se torna imperioso concluir que, considerando que a suspensão visa atender de forma prioritária ao interesse da criança e adolescente, se torna descabida a imposição da suspensão do poder familiar de forma discricionária, sem analisar o que mais convém a estes.

Por fim, devemos lembrar que tanto a suspensão, como a perda do poder familiar através da destituição, ocorrerá por meio de competente ação judicial para este determinado fim. Gize-se que a ação judicial visando a suspensão ou destituição do poder familiar, verificada uma das hipóteses tratadas acima, poderá ser ajuizada por um dos genitores em desfavor do outro, bem como poderá ser

proposta pelo Ministério Público, o qual possui legitimidade para tanto, nos termos do artigo 201, inciso III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, em desfavor de um ou de ambos os genitores. (DIAS, 2013)

Entretanto, como se sabe, o Conselho Tutelar possui legitimidade e atribuições para representar o Ministério Público nas ações de perda e suspensão do poder familiar, consoante artigo 136, inciso XI, do Estatuto da Criança e Adolescente. Porém, tal representação, não abrange e confere ao Conselho Tutelar legitimidade para propor a respectiva ação judicial visando à suspensão ou perda do poder familiar (DIAS, 2013).

Sendo assim, concluímos o presente tópico analisando as formas de extinção, suspensão e destituição do poder familiar pela perda desta prerrogativa legal, trazendo casos práticos e teóricos a respeito do tema.

Deste modo, passar-se-á à análise do instituto de direito civil denominado guarda, o qual é decorrente do poder familiar, conforme será visto a seguir.

3 A GUARDA

No presente capítulo será analisado o instituto de direito de família denominado guarda, abordando inicialmente a conceituação e evolução histórica da guarda, suas divisões em unilateral e bilateral, sendo a guarda compartilhada estudada em campo próprio, em razão da especificidade do tema, o qual é o objeto principal do presente trabalho.

Destarte, devo salientar neste momento que a guarda a ser tratada no presente capítulo se refere ao instituto de direito de família decorrente pela sua própria natureza da autoridade parental – poder familiar – exercido pelos genitores, não devendo ser confundida com a medida prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê a colocação em família substituta.

3.1 Conceituação e evolução histórica do instituto guarda

A expressão guarda, instituto de direito de família, como se sabe, é proveniente da Alemanha, na qual seus juristas aduziam a respeito do tema referindo-se à *warten*, sendo a partir de então utilizada pelo inglês como *warden* e posteriormente pelo francês *garde*, tendo todas estas dominações o significado de vigilância ou administração sob as proles provenientes do casal que a detinham. (Silva, 2014)

De outra forma, o vocábulo, sem a utilização e denominação específica deste instituto de direito de família, era utilizado para denominar alguém que havia sido nomeado para vigiar e defender algo ou alguma pessoa que estaria e deveria estar amparada de qualquer mau que poderia lhe ocasionar dano ou prejuízo.

Sendo assim, a guarda poderá ser conceituada, em razão dos próprios deveres impostas pela legislação envolvendo o poder familiar, como uma obrigação que ambos os genitores possuem de desempenhar toda e necessária atividade visando a cuidar suas proles, em atenção e obediência, como já tratado, ao princípio da proteção integral da criança e adolescente e melhor interesse social do menor.

Carbonera (2000, p. 46) conceitua a guarda como

um instituo jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele

necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

Assim, a guarda deve ser compreendida em decorrência do poder familiar, através do qual um familiar possui a prerrogativa de auxiliar não só financeiramente e economicamente à criança e adolescente, mas também fornecendo carinho, educação, supervisão e afeto.

A guarda teve grande valor em duas ocasiões distintas no direito brasileiro, recebendo previsão na legislação pátria em duas oportunidades, as quais consistem na guarda prevista quando da dissolução da sociedade conjugal e dissolução da união estável – instituto que será empreendida maior ênfase, em razão de ser o objeto principal do presente trabalho –, bem como do instituto previsto no Estatuto da Criança e Adolescente, como já referido. (FILHO, 2010)

Com isto, a primeira previsão legal existente no direito brasileiro a respeito da guarda, adveio com o Decreto 181, de 1890, cujo artigo 90 estabelecia que:

a sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre.

Já com nova previsão legal, desta vez realizada no Código Civil de 1916, Grisard Filho (2010, p. 58, grifo próprio) ensina que

cuidando da dissolução da sociedade conjugal e da proteção da pessoa e dos filhos, distinguiu as hipóteses de dissolução amigável e judicial e mandava, por seu art. 325, observar, na primeira, “o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos” e, na última, na previsão do art. 326, distintamente, conforme houvesse culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura, o sexo e a idade dos filhos.

Grisard Filho (2010, p. 59) lembra que referido esquema visando estabelecer critérios para a fixação da guarda dos filhos quando da dissolução da sociedade conjugal e da união estável era realizado da seguinte forma:

a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; b) sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, que, depois dessa idade, seriam entregues ao pai; c) os filhos maiores de seis anos de idade eram entregues à guarda do pai; d) havendo motivos graves, o juiz, em qualquer caso e a bem dos filhos, regulava de maneira diferente o exercício da guarda.

Entretanto, devo referir que “no caso de anulação do casamento e havendo

filhos comuns, aplicava-se-lhes as regras dos artigos anteriormente referidos” (FILHO, 2010, p. 59).

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 3.200 de 19 de abril 1941, em seu artigo 16, com redação dada Decreto Lei nº 5.213, de 21 de janeiro de 1943 previu a guarda do filho natural, senão vejamos:

Art. 16. O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menor.

Por outro lado, em 3 de setembro de 1946 foi editado o Decreto-Lei nº 9.701, o qual previa a guarda dos filhos quando da realização do desquite judicial, ocasião em que, se os filhos não fossem entregues aos pais, estes deveriam ser entregues a pessoa pertencente à família, devendo ser obrigatoriamente considerada pessoa idônea.

O artigo 1º do Decreto-Lei 9.701/46 estabelecia que:

no desquite judicial, a guarda de filhos menores, não entregues aos pais, será deferida a pessoa notoriamente idônea da família do cônjuge inocente, ainda que não mantenha relações sociais com o cônjuge culpado, a quem entretanto será assegurado o direito de visita aos filhos.

Já no dia 27 de agosto de 1962, foi emitida a Lei nº 4.121, a qual originou inúmeras modificações com relação à guarda no antigo desquite litigioso, conservando, todavia, as regulamentações já existentes no que se referia à dissolução amigável. Desta feita, o Código Civil de 1916 passou a seguir um esquema previsto em lei, o qual era realizado da seguinte forma:

a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores, já não mais observada a distinção de sexo e idade destes, salvo disposição contrária do juiz; b) sendo ambos os cônjuges culpados, com a mãe ficariam os filhos menores, já não mais observada a distinção de sexo e idade destes, salvo disposição contrária do juiz; c) verificando que não deveriam os filhos ficar sob a guarda da mãe nem do pai, estava o juiz autorizado a deferir a guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando-se, entretanto, o direito de visitas. (FILHO, 2010, p. 59).

Posteriormente, no dia 16 de junho de 1970, a Lei 5.582 passou a ter vigência, modificando o teor do colacionado artigo 16 do Decreto-Lei 3.200/1941, incluindo-lhe parágrafos. Sendo assim, diante das alterações, o novato artigo 16 passou a ter a seguinte redação:

Art. 1º O artigo 16 do Decreto-lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família, passa a ter a seguinte redação:

Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor.

§ 1º Verificado que não deve o filho permanecer em poder da mãe ou do pai, deferirá o Juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores.

§ 2º Havendo motivos graves, devidamente comprovados, poderá o Juiz, a qualquer tempo e caso, decidir de outro modo, no interesse do menor."

Grisard Filho (2010, p. 59) lembra que a alteração foi realizada "determinando que o filho natural quando reconhecido por ambos os genitores ficasse sob o poder, agora, da mãe, salvo se tal solução adviesse prejuízo ao menor".

Referida Lei 5.582/70

também previu a hipótese de colocação dos filhos sob a guarda de pessoa idônea, de preferência da família de qualquer dos genitores. Havendo motivos graves, poderia o juiz decidir, a qualquer tempo, de modo diverso, sempre no interesse do menor.

Estas alterações legais mencionadas acima, permaneceram vigentes até o advento da Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, a qual instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o divórcio e outros métodos visando à dissolução da sociedade matrimonial. Outrossim, com o advento da Lei 6.515/77, a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, instituído por tal lei, estaria combinado com o princípio do desfazimento por culpa, nos termos do artigo 5º, caput, havendo previsão de dissolução sem culpa, de acordo com o artigo 5º, §§ 1º e 2º, revogando as disposições atinentes ao Código Civil. (FILHO, 2010)

No entanto, a respeito da citada lei, com grande sabedoria, Grisard Filho (2010, p. 60) ressalta o seguinte:

entretanto, conservou, em suas linhas gerais, o sistema vigente, com adaptações. Assim era: a) na dissolução consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (cf. art. 9º); b) nas dissoluções não consensuais, o destino dos filhos menores obedecerá às peculiaridades de cada uma de suas modalidades: b1) art. 5º, caput – os filhos ficarão com o cônjuge que a ela não deu causa (cf. artigo 10, caput); b2) art. 5º, § 1º – os filhos ficarão com o cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum (cf. artigo 11); b3) art. 5º, §2º – os filhos ficarão com o cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação (cf. artigo 12)

Importante salientar também a previsão legal prevista no artigo 10, §1º, da Lei 6.515/77, o qual estabelecia que na separação judicial litigiosa em que ambos os genitores eram os responsáveis – leia-se, reconhecimento de culpa –, a guarda dos filhos menores deveria ser concedida à mãe, independentemente da idade e sexo dos filhos.

Vejamos o disposto no artigo 10, § 1º, da Lei 6.515/77

Art. 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

§ 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.
[...]

Outrossim, outra hipótese existente, era prevista no artigo 10, § 2º, da Lei 6.515/77, o qual estabelecia que o magistrado poderia conceder a guarda dos filhos a pessoa reconhecidamente idônea pertencente à família, não importando por parte de qual cônjuge, quando constatasse a impossibilidade de concessão da guarda a um ou outro cônjuge.

Vejamos o disposto no artigo 10, § 2º, da Lei 6.515/77

Art. 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

[...]
§ 2º - Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

A respeito disto, Grisard Filho (2010, p. 61) ensina que

essa ideia de retirar os filhos da guarda dos pais e confiá-los a terceira pessoa, por razões graves e insuperáveis, já era contemplada no art. 302 do Código de Napoleão, em sua edição de 1804, inspirada no melhor interesse do menor, ainda que em detrimento dos pais.

Complementando, ainda, devo advertir que todos os critérios estabelecidos são genéricos e abstratos. O legislador brasileiro entendeu por bem priorizar o princípio do interesse do menor, razão pela qual o principal problema existente é esta forma de analisar os casos práticos, não sendo analisados de acordo com os interesses dos pais na relação familiar. (OLIVEIRA; MUNIZ, 2002, p. 478)

Aliás, Oliveira e Muniz (2002) ensinam que o legislador limita em uma

separação consensual até mesmo a livre avença dos genitores, podendo o pedido de homologação da separação ou do próprio divórcio ser negado pelo magistrado competente, sob o argumento de que o convencionado não enaltece os interesses do menor.

Passados longos anos sob a vigência de tais normas, a nova mudança somente teve início com a promulgação da nova Constituição Federal de 1988, a qual assegurou, por meio de seu artigo 227, “à criança, como dever, primeiro, da família, depois da sociedade e do Estado, o direito à convivência familiar e comunitária, cuja disciplina veio com o Estatuto da Criança e Adolescente [...]”. (FILHO, 2010, p. 62)

A última alteração significativa a respeito da guarda adveio com a promulgação do Código Civil de 2002, embora tenha mantido as mesmas regras, conforme pode se verificar com breve análise dos artigos 1.583 a 1.590, primando também pelo princípio do interesse do menor.

Deste modo, o Código Civil de 2002 estabeleceu a guarda direcionada aos pais como regra, dividindo-a em unilateral e bilateral, conforme será abordado em tópico próprio.

Da mesma forma, foi estabelecida a guarda compartilhada, verificada quando da existência de pais separados/ divorciados ou que não convivem juntos, ocasião em que ambos os pais exercem conjuntamente o poder familiar sobre seus filhos.

Embora tais temas possuam tópicos próprios, somente frisa-se os mesmos neste momento para trazer à baila a recente alteração da guarda compartilhada dada pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, a qual tornou a guarda compartilhada como regra do ordenamento jurídico, nos casos em que os genitores são separados/ divorciados ou que não convivem juntos, mantendo ainda sob vigência a guarda unilateral para tais casos como exceção.

Nesse sentido, dispõe o artigo 1.584 do Código Civil de 2002 que:

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. (grifei)

Como visto, ainda que sucintamente, a guarda compartilhada se tornou regra no ordenamento jurídico nos casos já apontados. Todavia, devemos lembrar que

foram tratados de forma abreviada o tema específico da guarda, seja unilateral, bilateral ou compartilhada, visto que todos estes deverão ter abordagem específica em tópico próprio.

Assim, encerra-se o presente tópico, no qual foi estudada o desenvolvimento histórico legal do instituto da guarda no direito brasileiro, apontando as principais alterações legais a respeito do tema.

3.2 Guarda unilateral

A guarda unilateral foi instituída no ordenamento civil brasileiro em razão das hipóteses em que os genitores não mantinham vínculo amoroso pelo casamento, acabando por viverem separados e divorciados. Em razão disto, em com passar de longos anos, a legislação civil caminhou arduamente para regulamentar a guarda exercida por apenas um dos genitores, sendo atualmente conhecida como guarda unilateral.

Nos termos do artigo 1.583, § 1º, primeira parte, do Código Civil de 2002, o qual segue abaixo colacionado, a guarda unilateral será aquela exercida por apenas um dos genitores ou alguém que os substitua.

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.

[...]

Rosa (2015, p. 55) refere que

a guarda unilateral, de acordo com o art. 1.583, § 1º, de nossa codificação civil, é atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, possuindo o guardião não apenas a custódia física do filho, mas também o poder exclusivo de decisão quanto às questões da vida da prole.

Importante referência deve ser feita à antiga redação do artigo 1.583, §2º, do Código Civil de 2002, antes da modificação dada pela Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, o qual referia, em síntese, que a guarda unilateral deveria ser concedida a um dos genitores que apresentasse no momento de análise melhores condições econômico-financeiras para exercê-la.

Vejamos a antiga redação do artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002, a

qual já se encontra totalmente revogada em razão da vigência da Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 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.

Rosa (2015, p. 56) explica que, além das condições econômico-financeiras para atribuição da guarda unilateral, era analisado para concessão da guarda nesta modalidade, antes da alteração legislativa mencionada, qual dos genitores apresentasse, de forma objetiva, maior “[...] aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: (I) afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; (II) saúde e segurança; e, por último, (III) educação”.

Outrossim, o rol mencionado acima, que era previsto no artigo 1.583, §2º, do Código Civil, cuja redação foi revogada pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 – como já referido –, era qualitativo, sendo que o inciso primeiro era o requisito de maior valor e importância, sendo comumente utilizado para fundamentar decisões concedendo a um dos genitores a guarda unilateral.

Entretanto, o que deve ficar registrado é que, mesmo com tal valorização jurídica e social do inciso primeiro, todos os demais também possuíam grande importância e principalmente independência entre eles, eis que, embora o afeto tenha valor gigantesco no conceito de família, não há como se negar que a guarda unilateral também deve ser concedida com base na possibilidade do genitor em conceder saúde, segurança e educação. (FREITAS, 2008)

Além do mais, analisando a alteração legislativa ocorrida no artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002, chega-se à conclusão de que referido dispositivo legal não poderia receber aplicação com base na prioridade da capacidade econômica dos pais, o que acabaria por fragilizar o sistema, visto que provavelmente seria favorecido um dos genitores com maior capacidade econômico-financeira, em prejuízo do outro que não alcançou o mesmo status econômico. (SILVA, 2015)

Sendo assim, pode-se afirmar que a guarda unilateral é aquela atribuída a apenas um dos genitores, o qual terá a responsabilidade direta pelos filhos, sendo que o outro genitor não deixará de ter deveres. Isto porque, embora se possa afirmar

que a responsabilidade direta será de incumbência de quem possuirá a guarda, o outro genitor possuirá a responsabilidade indireta, uma vez que, diante da sistemática legal adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, o genitor, que não possuir a guarda, deverá arcar com pensão alimentícia, sendo de sua responsabilidade o pagamento mensal. Em contrapartida, este mesmo genitor possuirá o direito de visitas periódicas, predeterminadas ou não – diante da hipótese em que poderá ocorrer a visitação livre (datas e horários combinados entre os próprios genitores) –, salientando-se que a obrigação de prestar alimentos não condicionará o direito de visitas, sendo totalmente independentes.

Neste sentido, Grisard Filho (2010) afirma que o genitor que recebe a guarda unilateral adquire todos aqueles direitos e deveres de forma única, que anteriormente eram desempenhados por ambos os genitores. Todavia, tal centralização dos direitos e deveres com relação ao menor, não exclui o direito daquele genitor que não detém a guarda de se comunicar livremente com o filho, desde que respeitadas a forma de visita adotada, bem como controlar a educação do mesmo, havendo nítido remanejamento dos papéis.

Diante de tal hipótese, se pode verificar que, em razão da guarda unilateral determinada a somente um dos genitores, acaba por restringir, de uma certa forma, a plena participação do genitor no desenvolvimento do filho.

Grisard Filho (2010, p. 83) assevera que

a sistemática atribuição da guarda à mãe gerou distorções no sistema levando os juristas a procurar outro meio, mais justo, de exercício da parentalidade. A ausência sistemática do filho pela periodicidade forçada desestimulou o exercício da guarda, levando os pais, que se viram negligenciados pela sociedade, a se afastarem do convívio com os filhos.

Importante referir tal ensinamento doutrinário, pois, via de regra, grande parte das separações conjugais (sem adentrar nas hipóteses de separação e divórcio, mas tratando-se de desta maneira de uma forma ampla), deixam inúmeras amarguras e com ânimos de animosidade. Em razão disto, a concessão da guarda compartilhada a apenas um dos genitores, acaba por acirrar ainda mais os ânimos, que muitas vezes já se encontram exaltados, acabando por provocar consequências para a criança e/ou adolescente.

Grisard Filho (2010) refere ainda que a guarda unilateral é o meio mais arrasador para o menor, trazendo ao mesmo muitas dúvidas e sentimentos negativos, considerando que, em razão das visitas periódicas (na maioria das vezes

em finais de semana alternados, o genitor que não possui a guarda acaba se afastando do convívio diário com seu filho.

Assim, o que era rotineiro anteriormente, passou a ser eventual, tornando o entendimento do menor a respeito dos fatos de extrema dificuldade, aflorando, em razão de não compreender a situação da separação conjugal, os sentimentos de solidão e abandono.

Portanto, e creio que pensando neste assunto supra tratado, sobreveio as alterações legislativas acerca do assunto.

Após referida a alteração legislativa, a qual sobreveio por meio da Lei nº 13.058 de 22 de dezembro de 2014, a guarda unilateral, que até então era regra, passou a ser de aplicação excepcional.

Embora ainda não seja o momento de tratar a alteração legislativa que tornou a guarda unilateral como exceção e a guarda compartilhada como regra, cuja matéria será tratada no capítulo terceiro, cumpre salientar as palavras de Rosa (2015, p. 56), o qual lembra que:

o que antes era regra, em boa hora, passa a ter caráter excepcional, vez que, 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 exercê-la.

Neste sentido, a redação do artigo 1.584, §2º, do Código Civil de 2002, estabelece exatamente a possibilidade desta negativa, senão vejamos

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.

Como visto, em razão da alteração legislativa impondo-se a guarda compartilhada como regra, o dispositivo em comento, aderiu a ideia de que a guarda não será compartilhada, quando um dos genitores (pai ou mãe) referirem a intenção de não a exercer.

Todavia, embora tal possibilidade decorra expressamente de texto legal, “comungamos do pensamento de que o promotor e o magistrado, utilizando, se necessário, da equipe interdisciplinar, devem investigar os motivos que levam esse genitor a manifestar seu desinteresse”. (ROSA, 2015, p. 56)

Complementa Rosa (2015, p. 56, grifei) afirmando o seguinte:

sabe-se que, cada vez mais, a órbita privada deve ser respeitada, mas, considerando a doutrina da proteção integral, mostra-se imperiosa a apuração das razões que levam um dos genitores a optar por essa via. Tal postura evitaria, inclusive, a perpetuação de um quadro de alienação parental iniciado durante o período de união do casal, solidificando em sentença, determinando a guarda exercida de forma unilateral por um dos genitores.

Por fim, embora não seja objeto principal deste trabalho, cogente se torna referir, a título de elucidação, a novel alteração legislativa a respeito do tema, também incluída pela Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, a qual inseriu o § 5º no artigo 1.583 do Código Civil de 2002, cuja redação segue abaixo colacionada:

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Sendo assim, através de referido dispositivo legal, quando verificada a ocorrência da guarda unilateral, será permitido ao genitor que não detém a guarda controlar os interesses dos filhos. Rosa (2015) afirma ainda que não se trata de uma “permissão” concedida pelo legislador ao genitor, que poderá exercê-la, ou não, mas sim a obrigatoriedade de supervisão dos interesses dos filhos.

Tanto é verdade que o próprio dispositivo ora comentado refere que qualquer um dos pais poderá solicitar informações a respeito dos filhos e inclusive pleitear a prestação de contas, de forma objetiva e subjetiva, em situações envolvendo a educação do menor, bem como àquelas ligadas à saúde física e psicológica do mesmo.

Rosa (2015, p. 58) explica que

[...] apesar de o detentor da guarda unilateral ter a faculdade de fazer todas as escolhas da vida da prole sem consultar o outro genitor, tais como escola, atividade extracurricular e, até mesmo, os médicos, existe, por outro lado, o direito de o outro pai ou mãe ser informado a respeito da vida dos filhos.

Diante do exposto, passa-se à análise do tópico denominado guarda alternada, a fim de, futuramente, diferencia-lo da guarda compartilhada, objeto do presente trabalho.

3.3 Guarda alternada

A guarda alternada, por sua vez, é aquela modalidade de guarda que basicamente se traduz quando os genitores possuem a guarda material dos filhos, ocasião em que estes ficariam parte do tempo com o pai e outra parte com a mãe, ocorrendo normalmente em uma semana para cada dos genitores.

Spengler e Spengler Neto (2004, p. 91, grifei) referem que

a guarda alternada é outra maneira de dispor sobre a guarda do filho, sendo, porém, de uso restrito devido, principalmente, às grandes críticas que suscitou. **Na verdade, é na guarda alternada que o menor passa determinado período de tempo na casa de um e depois de outro genitor, sucessivamente [...]**

De maneira totalmente acertada, Spengler e Spengler Neto (2004) lembram que a ausência de rotina no cotidiano do filho menor de idade, acaba por influenciar inúmeras críticas a esta forma de responsabilidade parental, tendo em vista que em breve análise desta forma de guarda, verifica-se algumas maleficências aos filhos, gerada exatamente pela ausência de rotina e cotidiano do filho, que, por passar o seu tempo ora com, ora com o outro genitor, não adquire em sua formação uma padronização de comportamento, especialmente pelo fato de que nem sempre a regra imposta por um dos genitores é a regra imposta pelo outro.

Ainda oferecendo crítica ao modelo de guarda alternada existente no ordenamento jurídico brasileiro, Grisard Filho (2010, p. 195) refere que

a moderna doutrina adverte que a guarda alternada não está em harmonia com o interesse do menor. Ela é inconveniente para a consolidação dos hábitos, valores e ideias na mente do menor, diante do elevado número de mudanças, repetidas separações e reaproximações, provocando no menor não só instabilidade emocional e psíquica, como também um descontínuo afetivo, espacial e social. Já uma outra vertente vê na guarda alternada a vantagem de permitir a menor manter relações estreitas com os dois genitores. [...]

É neste mesmo sentido, que a jurisprudência gaúcha tem se manifestado, demonstrando que a guarda alternada não é o melhor modelo de responsabilidade parental para ser adotado. No julgamento da Apelação Cível nº 70049860968, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de relatoria do Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, decidiu afirmando que “o sistema de guarda alternada impede que a criança desenvolva uma rotina de vida estável e desenvolva seus referenciais

familiares”.

Sendo assim, diante de tantas críticas com base nos estudos realizados, conforme se verificou pela doutrina colacionada, a guarda alternada, embora ainda existente no ordenamento jurídico brasileiro, não aparenta ser a melhor forma de responsabilidade parental, contando com a escassez de admiradores que pretendam e optem por utilizá-la. É em razão disto, que em relação à guarda alternada, existem outros modelos de guarda que conseguem atingir e alcançar a sua real finalidade, em atenção ao princípio do melhor interesse do menor, fazendo com que outros modelos sejam na prática mais vantajosos, incluindo o compartilhamento das responsabilidades, por meio da guarda compartilhada. (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2004)

Relacionando o presente tópico de guarda alternada com a guarda compartilhada, importante referir que “um dos maiores equívocos que, por certo, impossibilitam a melhor aplicação da guarda compartilhada no direito brasileiro, desde a edição da Lei 11.698/2008, foi a sua confusão com a guarda alternada”. (ROSA, 2015, p. 58).

Rosa (2015, p. 58), explica que

desde então, o compartilhamento das responsabilidades foi reiteradamente confundido com a alternância de guarda, sendo que esta última nem sequer tem possibilidade de ser fixada em nosso ordenamento jurídico. De forma equivocada, falava-se em divisão estanque do tempo em cada uma das casas, como se o filho passasse a ter sua “mochila” como o único objeto seguro na sua vida.

Mostra-se de total grandiosidade os ensinamentos a respeito da diferenciação da guarda alternada com o compartilhamento das responsabilidades (guarda compartilhada), pois, como referido, tal confusão já foi objeto de grandes discussões. Em razão disto, cumpre esclarecer que a guarda alternada, “tanto a jurídica como a material, é atribuído a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o filho mora com cada um dos pais”. (ROSA, 2015, p. 58)

Diante de mencionado conceito a respeito da guarda alternada, chega-se à conclusão de que ambos os pais, enquanto a prole estiver consigo no período estabelecido, possuirá a responsabilidade total e exclusiva, cabendo exercer o poder parental de forma exemplar, além de usufruir integralmente dos deveres e direitos inerentes ao poder familiar.

Esta modalidade de guarda, nos termos da doutrina, é uma modalidade que representa de forma extrema o egoísmo estatal, considerando que este instituto aponta para o entendimento de que os filhos não passam de meros objetos pertencentes aos pais, podendo o tempo e local no espaço serem totalmente particionadas entre cada um dos genitores, ferindo de forma clara a regra da proteção integral da criança e adolescente. (ROSA, 2015)

Do mesmo modo, pode-se afirmar, inclusive, que a guarda alternada, em momento algum, é utilizada com base nos princípios estabelecidos no Estatuto da Criança e Adolescente, especialmente aquele que prima pelo melhor interesse da criança e adolescente. (ROSA, 2015)

Isto porque, como já referido, a guarda alternada acaba, ainda que de forma inconsciente, transformar o filho menor de idade em um simples objeto que possuam interesse, ocasião em que os genitores passam a discutir a relação de convívio com a prole de uma forma não sentimental, sem pensar nos interesses de quem realmente deva ser protegido.

Sendo assim, passa-se a analisar no terceiro e último capítulo a guarda compartilhada, na forma de compartilhamento das responsabilidades parentais.

4 GUARDA COMPARTILHADA

No presente capítulo, terceiro e último, será abordado especificamente o instituto da guarda compartilhada, em razão da novíssima alteração legislativa, que, além de fortalecer o instituto civil de direito de família, tornou-o regra no ordenamento jurídico.

Além da conceituação básica, será abordado brevemente o surgimento do compartilhamento das responsabilidades por meio da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, colacionando-se os dispositivos legais atinentes ao caso. Não poderia faltar, como já referido em tópicos anteriores, a diferenciação da guarda compartilhada com os demais institutos civis de direito de família, a fim de, não só diferenciá-los, mas também demonstrar as hipóteses de real aplicação dos mesmos.

4.1 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada, embora esteja atualmente contando com grande repercussão, especialmente pela promulgação da lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 11.698 de 13 de junho de 2008.

A Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 alterou, à época, os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, instituindo expressamente em nossa legislação a guarda compartilhada. Dispõe o artigo 1.583 do Código Civil de 2002 o seguinte, cuja redação permanece até os dias atuais:

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.** (grifei).

Entretanto, o artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002 foi alterado pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 estabelecendo e reforçando a atual guarda compartilhada.

A redação já revogada do artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002 estabelecia que:

§ 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:
[...]

Com a promulgação da Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, o artigo 1.583, § 2º, do Código Civil de 2002 passou a vigor com a seguinte redação:

§ 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:
[...]

Como visto, em razão das próprias alterações legislativas, a lei passou a dar maior importância ao instituto da guarda compartilhada, tornando-a regra do ordenamento jurídico brasileiro. Anteriormente, a guarda compartilhada era aplicada somente nos casos em que houvesse acordo entre os genitores ou sempre que possível, nos casos em que não fosse possível a realização de acordo entre os pais.

Ademais, de total importância também referir o disposto no artigo

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

Com a alteração dos dispositivos, a redação da legislação aplicável ao instituto da guarda compartilhada passou a prever que mesmo quando não se verificasse o acordo entre os genitores e ambos apresentassem condições favoráveis para o exercício do poder familiar, a guarda compartilhada será aplicada.

Neste sentido, o artigo 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002, cuja redação foi substituída pela alteração legislativa, possuía a seguinte redação:

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

Com a nova redação dada pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 o artigo 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002, passou a vigor com a seguinte redação:

§ 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.

No entanto, cumpre salientar que referidas alterações legislativas, as quais

começaram a ocorrer de forma plena somente no ano de 2008, com a Lei 11.698 de 13 de junho daquele ano, foram fruto de inúmeros julgamentos e entendimentos concebidos através de análises de casos práticos. Pois, antes mesmos de mencionadas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, muitos genitores já exerciam o compartilhamento das responsabilidades por meio da guarda compartilhada, havendo, inclusive, diversos julgados nos mais diversos tribunais de justiça.

Lembra Rosa (2015) que a maior prova de que já haviam entendimentos a respeito de sua aplicabilidade, antes mesmo das alterações legislativas referentes à normatização da guarda compartilhada, é a edição do Enunciado nº 101 da primeira Jornada de Direito Civil, a qual ocorreu ainda durante a *vacatio legis* do Código Civil de 2002.

Neste sentido, segue abaixo transcrito o Enunciado 101:

enunciado 101. Art. 1.583: sem prejuízo dos deveres que compõem a esfera do poder familiar, a expressão “guarda de filhos”, à luz do art. 1.583, pode compreender tanto a guarda unilateral quanto a compartilhada, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança.

Por conseguinte, já no ano de 2006, quando da ocorrência da VI Jornada de Direito Civil, novo enunciado foi emitido, o qual possui a seguinte redação:

enunciado 335 - A guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar.

Sendo assim, a guarda compartilhada resume-se como um instituto civil atrelado ao direito de família, pelo qual os genitores compartilham as responsabilidades pelos filhos, não havendo divisão nos direitos e deveres, devendo as decisões referentes aos filhos serem tomadas em conjunto por ambos os genitores.

Grisard Filho (2010) assevera que através da guarda compartilhada os genitores exercem legalmente de forma igualitária o poder parental, atuando de forma igual na tomada de decisões atinentes aos filhos menores de idade, cujas deliberações deverão ocorrer em conjunto.

Da mesma forma, Spengler e Spengler Neto (2004, p. 94) afirmam que

[...] o objetivo da guarda compartilhada vai além da simples

responsabilização dos genitores por alguém que ambos contribuíram para que existisse; na verdade, ela significa a intervenção em todos os sentidos no direcionamento da criação e educação dessa criança. Significa, também, um envolvimento emocional maior, o que é extremamente benéfico para ambas as partes: genitor e gerado. Tal benefício se dá, de um lado, pela satisfação que os pais têm em auxiliar na manutenção e educação do rebento e do outro pela segurança e tranquilidade que gera ao filho a certeza de estar sendo amado e protegido pelos pais, e não disputado por eles.

Superadas estas considerações, importante frisar que a jurisprudência gaúcha se manifestou, seguindo os entendimentos colacionados no tópico da guarda alternada, corroborando o entendimento de que o filho não deverá ser transformado em um objeto à disposição dos pais.

Neste sentido, o Agravo de Instrumento nº 70065888786, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifei), decidiu que:

ação de Dissolução de União Estável. Guarda Compartilhada. Litígio Entre os Pais. Descabimento. Alimentos. Adequação do Quantum. [...] 2. **A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar a filha em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ela perca seus referenciais de moradia.** [...] (Agravo de Instrumento Nº 70065888786, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/09/2015)

Superada inicialmente as considerações acerca das alterações legislativas referentes ao assunto em tela, bem como as considerações feitas a respeito da conceituação do instituto civil de direito de família, importante referir que a guarda compartilhada, superando as inúmeras limitações impostas pela própria natureza da guarda unilateral, representa um meio eficaz de abolir e até mesmo evitar a alienação parental, sem incluir aqui os inúmeros outros benefícios trazidos pelo seu deferimento. (FREITAS, 2008)

Pode-se afirmar isto, comparando a guarda compartilhada com a guarda unilateral, principalmente pelo fato de que sendo aplicada esta última forma de guarda, acaba por facilitar o trabalho do alienador, que, por exercer com exclusividade o cuidado da criança, faz com que o contato com o outro genitor seja cada vez mais escasso e precário. Quando o contato ocorre faz com que este seja temeroso e prejudicial à criança e adolescente, em razão das inúmeras inverdades transmitidas, sem haver motivo concreto que justifique a finalidade do ato.

Por isto, o instituto civil de direito de família denominado guarda

compartilhada traz para o regramento jurídico um novo entendimento. Através deste instituto de direito de família, os filhos de pais divorciados passam a entender que a separação é tão somente conjugal, não ocorrendo a separação parental, pois a separação não os separa um dos genitores, sendo mantida a intensa participação de ambos os pais no cotidiano e rotina dos mesmos. (PEREIRA, 2012)

No momento em que os genitores superarem as desavenças deixadas – muitas vezes pela turbulenta separação conjugal – no momento de desfrutarem da companhia de seus filhos, acabarão por perceber que a guarda compartilhada será a melhor medida visando o bem da criança e adolescente. Com isto, o banimento de qualquer ponto que ainda persista atrito entre os genitores, fará com que o convívio com os filhos do casal seja extremamente harmonioso e sadio, resultando em um desenvolvimento da criança e adolescente voltado para compreensão de traumas passados. Principal ponto envolvendo o crescimento extremamente sadio dos filhos do casal divorciado será que estes não sejam frutos de um fracasso amoroso, mas sim administradores de suas próprias vidas com plena capacidade de entendimento no rompimento da relação conjugal dos pais. (OLIVEIRA FILHO, 2011)

Neste mesmo sentido, Rosa (2015, p. 66) afirma que

a guarda compartilhada procura fazer que os pais, apesar da 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.

Em outras palavras, a aplicação da guarda compartilhada pressupõe uma obrigação expressa dos genitores de assessorar e auxiliar o outro genitor no acesso ao filho, a fim de dar-lhe e fornecer-lhe afeto paterno e materno, sem a ocorrência de situação que possam configurar a alienação parental. (CARVALHO, 2010)

4.2 Guarda alternada ou guarda compartilhada?

Em que pese as considerações realizadas no tópico referente à guarda alternada, ocasião em que se fez breves distinções entre guarda alternada e guarda compartilhada, passa-se neste momento a diferenciá-las, viabilizando o estudo de forma clara.

Sendo assim, como já tratado em tópico do capítulo anterior, o

compartilhamento das responsabilidades (guarda compartilhada) por muitas vezes foi confundida com a guarda alternada, ainda persistindo tais conflitos na conceituação dos institutos com a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014.

A guarda alternada, como já referido, é aquela que possui, na sua essência, similitude com a guarda unilateral, trajada pelo exercício privativo da guarda por um dos genitores, em um determinado período, sendo que decorrido tal lapso temporal, a guarda é modificada ao outro genitor, e assim por diante, havendo um nítido revezamento. (GIMENEZ, 2014)

Diferenciando os institutos Gimenez (2014) ensina que não se pode afirmar que na guarda alternada há o chamado compartilhamento das responsabilidades (guarda compartilhada), visto que, ainda os genitores reconheçam a inexistência de guarda unilateral exclusiva a somente um deles, ambos desenvolvem o papel de guardião da prole enquanto este permanecer consigo. Deste modo, na guarda alternada existe um revezamento ordenado e metódico da convivência, ocasião em que cada genitor cria suas regras.

Apresentando, de um certo modo, crítica à guarda alternada, Rosa (2015, p. 59) assevera o seguinte:

esperamos que a edição da Lei n. 13.058 possa apresentar novos ares à temática, acima de tudo para proporcionar o final do mito dos filhos “mochilinhas”, típico daquilo estabelecido na guarda alternada. Espera-se, ainda, que seja visualizado o novo papel de ambos os genitores, de visitantes a conviventes, e, acima de tudo, que as varas de família expressem, em suas medidas e decisões, aquilo que uma criança, mesmo em sua ingenuidade, sabe melhor do que qualquer adulto: dois representam mais do que um.

A guarda compartilhada, por sua vez, é aquela que

[...] procura fazer com que os pais, apesar da sua separação pessoal, e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela criação, educação e manutenção dos filhos, e sigam responsáveis pela integral formação da prole, mesmo estando separados, obrigando-se da melhor maneira possível suas funções parentais. A guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não algum eventual interesse egoísta dos pais. [...]. (MADALENO, 2013, p. 441, grifei)

Diante disto, embora a regra básica da guarda compartilhada não exigir a celebração de acordo para o estabelecimento da guarda compartilhada, deve reconhecida que deve haver uma convivência saudável entre os genitores.

Traduzindo-se em um verdadeiro casal unido e que priorizam o interesse do menor, independentemente das diferenças surgidas entre eles. (MADALENO, 2013)

Destarte, a alteração legislativa somente consagrou e estabeleceu legalmente o que a família contemporânea vinha exercendo, priorizando a relação afetiva entre pais e filhos, ainda que os genitores não residam no mesmo local. Esta alteração no ordenamento jurídico apenas realça o papel fundamental de pai e mãe, contribuindo, inclusive, para o crescimento humano e social do menor. (GIMENEZ, 2014)

Neste sentido, o Agravo de Instrumento nº 70063573299, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio), decidiu que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO, GUARDA E ALIMENTOS. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI 13.058/2014. Na sociedade em que vivemos pai e mãe podem separar-se um do outro quando decidirem, mas devem ser inseparáveis dos filhos, sendo dever do Judiciário assegurar que esta será a realidade. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. Assim, e não havendo negativa expressada por um dos genitores ou nenhuma outra conduta que deva ser especialmente avaliada, a guarda é compartilhada. ALIMENTOS. Não havendo prova irrefutável da incapacidade do alimentante, ônus que lhe cabia, restam mantidos os alimentos fixados. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70063573299, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 23/04/2015).

Então, superadas as breves considerações acerca das distinções da guarda compartilhada e guarda alternada, as quais entende-se suficientes para esclarecimento do tema, passa-se a análise do contraponto alimentos na guarda compartilhada.

4.3 Alimentos na guarda compartilhada

Inicialmente, não poderia deixar de ser abordado no presente trabalho de conclusão de curso, especialmente pelo tema adotado, a pensão alimentícia na guarda compartilhada, tema que vem sendo objeto de inúmeras discussões acerca da possibilidade de cobrança, ou não.

Os alimentos podem ser conceituados como aquelas prestações, via de regra mensais, iguais e sucessivas, através das quais se busca a satisfação das necessidades essenciais para sobrevivência humana. Legalmente, a finalidade dos alimentos é fornecer ao companheiro ou cônjuge, até mesmo a algum parente, os

meios necessários para a sua subsistência. (GONÇALVES, 2015)

Ademais, ainda no tocante ao conteúdo dos alimentos, estes “[...] abrangem o indispensável ao sustento, vestuários, habitação, assistência médica e instrução (CC, art. 1.920)”. (GONÇALVES, 2015, p. 157)

Sendo assim, pode ser exigido o pagamento de alimentos, nos termos da legislação civil em vigor, por todo aquele que necessite de auxílio, a fim de dar-lhe a possibilidade de viver de forma digna, atendendo as próprias necessidades, incluindo, especialmente a saúde e educação.

Em outras palavras, os alimentos configuram-se exatamente como uma obrigação imposta a alguém que, por força de lei, deva prestar auxílio econômico-financeiro a determinada pessoa, que necessite de amparo a fim de garantir a sua manutenção. Isto é, o pagamento deverá de alimentos deverá ocorrer quando houver a necessidade de auxílio à subsistência humana, que, por uma razão ou outra, não poderá prover de forma solitária. (CAHALI, 2003)

Neste sentido, estabelece o artigo 1.694 do Código Civil de 2002, o qual segue abaixo transcrito:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Ademais, embora não seja objeto principal do presente trabalho de conclusão de curso, imperioso expor a matéria acerca dos alimentos, somente a título de esclarecimento. Sendo assim, segue abaixo colacionado o artigo 1.694, § 1º, do Código Civil de 2002, senão vejamos:

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Conceitualmente, os alimentos podem ser esclarecidos da seguinte forma:

quando, cotidianamente, utiliza-se a expressão “alimentos”, é extremamente comum se fazer uma correspondência com a noção de “alimentação”, no sentido dos nutrientes fornecidos pela comida.

Todavia, a acepção jurídica do termo é muito mais ampla.

De fato, juridicamente, os alimentos significam o conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 681, grifei)

Destarte, os alimentos possuem previsão constitucional, impondo aos pais o dever de assistência. O artigo 229 da Constituição Federal assim dispõe:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Ademais, a redação do artigo 1.566, IV, do Código Civil de 2002 é clara ao consagrar a obrigação alimentar entre pais e filhos, senão vejamos

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - Fidelidade recíproca;
II - Vida em comum, no domicílio conjugal;
III - Mútua assistência;
IV - Sustento, guarda e educação dos filhos;

Da mesma forma, assim dispõe o artigo 1.568 do Código Civil:

Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o artigo 22 do Estatuto da Criança e Adolescente prevê o seguinte:

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.

Com a promulgação da Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, foi reacendida a discussão acerca do dever de prestar alimentos quando a guarda compartilhada fosse o método adotado. Considerando toda a argumentação trazida, incluindo os inúmeros dispositivos legais transcritos no presente tópico, cumpre, ainda, salientar o disposto no artigo 1.583, § 3º, do Código Civil de 2002, o qual impõe que na guarda compartilhada deverá ser determinada a base de moradia dos filhos, utilizando-se como critério para adoção o local em que atender de forma eficaz os interesses dos menores.

Mencionado dispositivo legal, o qual já foi transcrito no tópico que tratou da guarda compartilhada, adveio com a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014. Rosa (2015, p. 102) explica que

a determinação da base de moradia (art. 1.583, § 3º, do CC), ou seja, qual dos genitores exercerá a custódia física da prole, acarretará, em consequência, a obrigação de prestar alimentos do outro progenitor. Aquele que detém o filho em sua custódia física alcançará o atendimento das necessidades da prole de forma direta (e, muitas vezes, despendendo valores maiores do que o genitor que paga o pensionamento).

E em razão disto, a diferenciação da guarda compartilhada com a guarda alternada se mostra de total importância, a fim de que não se confunda uma com a outra. Em razão do estabelecimento da guarda compartilhada não necessariamente os filhos passaram a residir de forma igualitária nas residências dos seus genitores, como já referido, pois a convivência da criança com os genitores será estabelecida de uma forma satisfatória, sem, contudo, deixar de estabelecer uma base de moradia.

Assim, havendo a chamada base de moradia, bem como o deferimento da guarda compartilhada em sua essência, tal fato se mostra determinante para a fixação de alimentos, sendo totalmente legal e justo o seu arbitramento.

Salienta-se que antes mesmos da alteração legislativa imposta pela Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014, já houve decisão confirmando o dever de prestar alimentos quando do estabelecimento da guarda compartilhada. Neste mesmo sentido, o Agravo de Instrumento nº 70053239927, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MENOR. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS DEVIDOS PELO GENITOR. Inexiste restrição legal para a prestação de alimentos se a guarda é compartilhada. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento N° 70053239927, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 14/02/2013)

Consoante entendimento de Dias (2013) o estabelecimento da guarda compartilhada não evita que os alimentos possam ser fixados, até mesmo pelo fato de que os pais do menor nem sempre possuem as mesmas condições econômico-financeiras. Ademais, a não fixação de alimentos, especialmente quando não há o revezamento da guarda física, acaba por sobrecarregar um dos genitores. Em razão disto, além de não inexistir particularidade derivada de lei, aplica-se a normas e princípios gerais que se referem ao direito aos alimentos.

Da mesma forma, corroborando os entendimentos aqui expostos, Rosa (2015, p. 103) esclarece de forma brilhante que “é equivocada a ideia de que a Lei n. 13.058/2014 poderia eximir um dos pais do pagamento da prestação alimentícia

nem, ao menos, proporcionar-lhes redução na contribuição em curso”. Da mesma forma, Gimenez (2014) esclarece que

não passa de mera retórica daqueles que insistem em manter um sistema retrógrado e descolado da necessidade e anseio sociais, pois, por si só, a guarda compartilhada não implica em alteração dos alimentos pagos.

Sendo assim, diante de todo o exposto, verifica-se que o dever de prestar alimentos permanece intocável, podendo, inclusive, serem arbitrados e fixados normalmente, sendo que a alteração legislativa imposta pela Lei nº 13.058/2014 não foi capaz de mudar este entendimento, tendo em vista que ainda que a guarda compartilhada seja estabelecida, o Código Civil determina que deva ser estabelecido a base de moradia do menor, razão pela qual corrobora o entendimento de prestação de alimentos *in pecúnia*, enquanto o genitor que possuir em sua residência a base de moradia do filho, prestará alimentos *in natura*.

Em que pese este entendimento, importante referir também que ainda assim os alimentos deverão atender ao binômio: necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante.

Superado o tema do presente tópico, passa-se à análise da (im)possibilidade de imposição da guarda compartilhada, frente as situações fáticas.

4.4 A (im)possibilidade de imposição da guarda compartilhada frente as situações fáticas

Superadas todas as considerações a respeito do tema, importante trazer ao presente trabalho de conclusão de curso, a forma seguida pelos tribunais superiores, especialmente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na aplicação da guarda compartilhada através da alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014.

Como já tratado, a Lei 13.058/2014 alterou a sistemática da guarda no ordenamento jurídico, impondo que, via de regra, mesmo sem o consenso dos genitores, deverá ser aplicada a guarda compartilhada. Única exceção prevista legalmente é o fato de um dos genitores recusar esta forma de guarda compartilhada, ocasião em que será aplicada a guarda unilateral, a qual se tornou exceção.

Entretanto, após estudo da matéria e perfeito entendimento do conteúdo, nos deparamos com algumas questões que conduzem à conclusão que nem sempre

será permitida e, talvez benéfica à criança (princípio do melhor interesse da criança e adolescente), a aplicação da guarda compartilhada.

Sem sombra de dúvidas a presença continua de um pai e de uma mãe na vida de uma criança ou adolescente é essencial para o seu desenvolvimento humano e social. Contudo, algumas situações devem ser revistas, mesmo com a regra do compartilhamento das responsabilidades.

Afinal, a aplicação da guarda compartilhada em situações adversas à criança, atenderia o princípio do melhor interesse da criança e adolescente? A (im)possibilidade de aplicação da guarda compartilhada de acordo com a situação fática deve ser objeto de análise pelo juízo competente, a fim de garantir o bem estar da criança e adolescente.

Pois bem, a primeira situação que, por óbvio, poderia acarretar em uma situação não favorável à criança e adolescente, seria o fato dos genitores residirem em locais diversos, o que acabaria por dificultar, e muito, o compartilhamento de responsabilidades.

De forma totalmente acertada, há inúmeros julgados, afirmando que o Poder Judiciário deve negar o pedido de guarda compartilhada quando os genitores residirem em locais diversos. Neste sentido, Agravo de Instrumento nº 70064899990, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA A GUARDA COMPARTILHADA COM BASE NA LEI Nº 13.058/2014. ALIMENTOS. [...]. Fixar a guarda compartilhada é regulamentar que ambos os genitores são responsáveis em todos os sentidos por seus filhos, têm voz nas decisões e, portanto, participam ativamente das suas formações. No entanto, pelo menos por ora, tendo em vista, principalmente, a distância entre as cidades de residência dos genitores, descabido o estabelecimento da guarda compartilhada. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70064899990, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 10/09/2015)

Corroborando este entendimento, a Apelação Cível nº 70065362386, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

APELAÇÕES CÍVEIS. FAMÍLIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DA VERBA ALIMENTAR ARBITRADA EM FAVOR DA FILHA MENOR. CONCESSÃO DA GUARDA UNILATERAL EM FAVOR DA GENITORA. PRETENSÃO DE ESTABELECIMENTO DE GUARDA COMPARTILHADA. INVIABILIDADE, NO CASO. HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO RESPEITANTE À VISITAÇÃO PATERNA DE FORMA LIVRE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. REDUÇÃO

DA VERBA HONORÁRIA. DESCABIMENTO. COMPENSAÇÃO. 1. [...] 3. Em que pese o disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14), as particularidades do caso não autorizam o estabelecimento da guarda compartilhada a pais que moram em diferentes unidades da federação (RS e DF), devendo ser mantida a concessão do encargo unilateralmente em favor da genitora, que exerce sua guarda fática desde o nascimento (ocorrido quando já rompido o relacionamento amoroso havido entre os pais), não tendo sido produzida prova técnica, nem apresentados durante a instrução indicativos de que o regime pretendido efetivamente viria a atender aos superiores interesses da criança, que necessariamente devem prevalecer. 4. [...] Sentença reformada no ponto. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DA AUTORA DESPROVIDO. APELO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível N° 70065362386, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 03/09/2015)

Outro fato que ocorre nas famílias – e talvez de forma mais acentuada naquelas em que o divórcio ocorreu de uma forma conturbada – é quando as desavenças e desentendimentos dos genitores não suportam o compartilhamento das responsabilidades (guarda compartilhada). Afinal, se genitores que discutem e se desentendem por qualquer motivo, sendo que muitas vezes a simples presença do outro bastaria para dar início à uma situação constrangedora, como estes poderiam conversar civilizadamente para acordarem e decidirem juntos o futuro do filho.

Como já referido, na guarda compartilhada se exige a conversa entre os genitores, a fim de decidirem juntos toda a vida do filho, seja escolhendo a escola, plano de saúde, atividades extracurriculares, entre outras.

A jurisprudência tem se manifestado neste sentido também, afirmando não ser possível a aplicação da guarda compartilhada sem a relação harmônica entre os genitores, sob pena de tornar ineficaz o compartilhamento das responsabilidades.

Sendo assim, segue ementa da Apelação Cível nº 70066073578, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. MODIFICAÇÃO DE GUARDA. DISPUTA ENTRE GENITORES. MELHOR INTERESSE DA INFANTE. Em que pese à legitimidade dos argumentos maternos, o contexto apresentado demonstra que a criança está bem atendida pelo genitor e a família paterna, inexistindo situação que justifique a troca de guarda. Igualmente descabe a guarda compartilhada, porque, embora seja a regra estabelecida pela Lei nº 13.058, de 22/12/2014, é preciso, para sua aplicação, que exista um relação harmônica entre os genitores, o que não é o caso dos autos. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível N° 70066073578, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 30/09/2015)

Da mesma forma, segue ementa da Apelação Cível nº 70065888786, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

ACÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. GUARDA COMPARTILHADA. LITÍGIO ENTRE OS PAIS. DESCABIMENTO. ALIMENTOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, mas o interesse da filha. 2. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar a filha em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que ela perca seus referenciais de moradia. 3. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para a menor, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos. 4. Quando o litígio é uma constante, a guarda compartilhada é descabida. 5. Cabe a ambos os genitores prover o sustento da prole comum, cada qual devendo concorrer na medida da própria disponibilidade. 6. Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades da filha, dentro das condições econômicas do alimentante, sem sobrecarregá-lo em demasia. 7. A fixação dos alimentos em percentual sobre os ganhos do alimentante assegura o equilíbrio no binômio possibilidade-necessidade, garante reajustes automáticos e evita novos litígios entre o alimentante e a alimentada. Conclusão nº 47 do CETJRS. 8. Sendo a fixação provisória, o valor poderá ser revisto a qualquer tempo, bastando que venham aos autos elementos de convicção que agasalhem a revisão. Recurso parcialmente provido. (Agravo de Instrumento Nº 70065888786, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 30/09/2015)

Como visto, algumas situações têm feito com que os tribunais julguem de forma que a regra imposta pela Lei 13.058/2014 não seja absoluta. E de forma acertada isto tem ocorrido especialmente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pelas diversas situações fáticas.

Tais julgamentos, através do presente trabalho, são considerados totalmente corretos, ao não aplicarem a guarda compartilhada de um modo que não se analise o caso. Em que pese a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014, esta modificação no ordenamento jurídico deve ser analisada com um olhar constitucional. Isto é, no momento em que a guarda compartilhada não atender o princípio do melhor interesse da criança e adolescente (previsto no artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil), como já referido, está não preenche a finalidade que se destina, devendo sua aplicação ser suavizada e mitigada.

Corroborando este posicionamento, segue ementa do Agravo de Instrumento nº 70065701716, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (grifo próprio):

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA.

DESCABIMENTO. EVIDENTE INCONVENIÊNCIA DA MODALIDADE NO CASO. 1. [...] 2. Quanto à incidência da nova legislação (Lei 13.058/2014), há que interpretá-la à luz dos princípios constitucionais superiores, em harmonia especialmente com o disposto no art. 227 da CF/88, que consagra o princípio do melhor interesse da criança. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento N° 70065701716, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 10/09/2015)

Diante do exposto, conclui-se o presente tópico, afirmando que realmente a guarda compartilhada não deve ser considerada uma regra absoluta, a partir da Lei 13.058/2014, especialmente pelo fato de que sua análise deve partir dos preceitos constitucionais, e através dos quais verificar a situação em favor do menor.

5 CONCLUSÃO

O direito de família, um dos ramos do direito civil, é considerado um dos ramos mais importantes, aos menos para mim, de todo o ordenamento jurídico. A guarda, como integrante do direito família, estabelece a forma em que os genitores terão responsabilidades sobre os filhos.

Portanto, como já tratado ao longo do presente trabalho, foi estudado os conceitos e origem histórica e etimológica do poder familiar, instituto do qual a guarda decorre. Após, foi a guarda de um modo geral e também a guarda compartilhada especificamente, a fim de trazer ao presente trabalho os meios necessários para um conclusão a respeito do tema escolhido.

Diante disto, conclui-se pela impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, mesmo com a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014 através da qual o compartilhamento das responsabilidades passou regra.

Como vimos, a guarda em um sentido amplo derivou a possibilidade jurídica dos genitores se separarem e divorciarem, razão pela qual o instituto foi criado a fim de regulamentar a forma de responsabilidade dos pais sobre os filhos.

A guarda compartilhada já existe há anos no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto somente com a alteração legislativa imposta pela Lei 13.058/2014 é que referido instituto passou a ser considerada a regra, mesmo quando há consenso entre as partes.

De uma certa maneira, parece simples a aplicação do instituto naqueles casos em que há o consenso dos genitores, especialmente pelo fato de imposição legal impondo sua aplicação como regra. Mas, analisando inúmeras situações fáticas, parece que aplicação da guarda compartilhada não atinge o fim e a necessidade que deveria.

Situações como o desentendimento contínuo e frequente dos genitores, residência em cidades diversas, entre outras situações, que por si só, impedem e impossibilitam a aplicação da guarda compartilhada. Tais situações tem feito, inclusive, com que a jurisprudência não tenha aplicado a guarda compartilhada.

Acertadamente, não se pode aplicar a guarda compartilhada em análise ao simples texto normativo da Lei 13.058/2014. A aplicação dos novos dispositivos legais deve ser feita sob viés constitucional. E é realmente a partir disto, que a própria Constituição Federal estabelece o princípio do melhor interesse do menor, não podendo ser esquecido tal princípio fundamental.

A guarda compartilhada visa, especialmente, garantir o melhor interesse da criança e adolescente, de acordo com as disposições previstas na Constituição da República Federativa do Brasil. Se este fim não é atingido, seja pela inexistência de relação harmônica entre os genitores ou residência em locais diversos, não há motivos para aplicação do instituto.

Em razão destes motivos, concluo o presente trabalho com a opinião de impossibilidade de aplicação do compartilhamento das responsabilidades – guarda compartilhada – frente a situações fáticas que demonstrem que a aplicação deste instituto não é a melhor maneira de se conduzir o processo de estabelecimento da guarda.

Assim, expostos todos os motivos e esclarecida toda a matéria, encerra-se o presente trabalho de conclusão de curso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BRASIL. *Código Civil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.
- _____. *Código Penal*. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. *Estatuto da criança e adolescente*. Distrito Federal: Brasília, 1990.
- CARBONERA, Silvana Maria. *Guarda de filhos: na família constitucionalizada*. Porto Alegre: Fabris, 2000.
- CARVALHO, Dimas Messias de. *Ação e guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FREITAS, Douglas Phillips. *Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar: comentários à Lei 11.698, de 13 de junho de 2008*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GIMENEZ, Angela. *A guarda compartilhada e a igualdade parental*. Disponível em <www.tjmt.jus.br/noticias/37024#.BJyZN14Dpg>. Acesso em 26 out. 2015
- GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de família*. São Paulo, Saraiva, 2015.
- ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e adolescente*. São Paulo: Atlas, 2014.
- LÔBO, Paulo. *Código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LÔBO, Paulo. *Do poder familiar*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371/do-poder-familiar>>. Acesso em: 28 mai. 2015
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Juruá, 2002.
- OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Direito de família: aspectos sóciojurídicos do*

casamento, união estável e entidades familiares. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível nº 70049860968, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70065888786, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 23 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70063573299, da Oitava Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70053239927, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70064899990, da Oitava Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível nº 70065362386, da Oitava Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível nº 70066073578, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 24 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70065888786, da Sétima Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 28 out. 2015

_____. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento nº 70065701716, da Oitava Câmara Cível. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 28 out. 2015

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

SILVA, Ana Maria Milano. *A lei sobre guarda compartilhada*. Leme: Mizuno, 2015.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. São Paulo: Forense, 2014.

SPENGLER, Fabiano Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. *Inovações em direito e processo de família*. Por Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

VENOSA, Silvio. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2012.