

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CRISTIANE MONTEIRO ARAGÃO

**DA APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA À LUZ
DA LEI Nº 13.058/2014 NA BUSCA PELA PROTEÇÃO DOS LAÇOS
ENTRE PAIS E FILHOS**

NATAL - RN
2016

CRISTIANE MONTEIRO ARAGÃO

**DA APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA À LUZ
DA LEI Nº 13.058/2014 NA BUSCA PELA PROTEÇÃO DOS LAÇOS
ENTRE PAIS E FILHOS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

Orientadora: Prof^ª. Me. Aurélia Carla Queiroga da Silva.

**NATAL - RN
2016**

CRISTIANE MONTEIRO ARAGÃO

**DA APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA À LUZ
DA LEI Nº 13.058/2014 NA BUSCA PELA PROTEÇÃO DOS LAÇOS
ENTRE PAIS E FILHOS**

Monografia apresentada à Universidade do
Estado do Rio Grande do Norte como um
dos pré-requisitos para obtenção do grau
de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^(a) Me. AURÉLIA CARLA QUEIROGA DA SILVA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
Orientadora

Prof.^(a) Me. CLÁUDIA VECHI TORRES
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
Membro 1

Prof. Me. PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
Membro 2

Data da Aprovação ____ de _____ de 2016.

A Deus, à minha família que sempre esteve ao meu lado nessa jornada.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida e pelas pessoas que colocou em meu caminho e por tudo que tem me concedido de bênçãos.

A minha família que sempre me apoiou nessa jornada chamada vida, por toda a força e colaboração que me deram ao longo dos anos.

Aos amigos que direta ou indiretamente contribuíram para a concretização de mais esse desafio. Também aos colegas de curso que hoje fazem parte de minha vida.

A minha querida Orientadora Aurélia Carla Queiroga da Silva, que além de excelente docente, se mostrou uma pessoa especial e amiga, me orientando não só na conclusão deste trabalho, mas, em toda a jornada ao longo do Curso. Os meus sinceros agradecimentos a quem tive o privilégio de conhecer e desfrutar das importantes lições ao longo de minha trajetória acadêmica.

Agradeço, ainda, à professora Cláudia Vechi Torres pelas suas múltiplas sugestões de aperfeiçoamento do texto, além da contribuição ao longo do curso através da sua excelência profissional.

Aos demais professores e funcionários da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, que fazem dessa Instituição um difusor de conhecimento e sabedoria.

O bem-estar dos indivíduos e das comunidades depende da saúde da família. A sociedade deve reafirmar energicamente o direito da criança de crescer numa família na qual estejam presentes o pai a mãe.

João Paulo II, 1995

RESUMO

No presente trabalho, busca-se a partir do método dedutivo, perquirir acerca da aplicabilidade da guarda compartilhada à luz da Lei nº 13.058/2014, a qual determinou a obrigatoriedade do referido instituto na legislação infraconstitucional brasileira. Denota-se que, ao longo dos anos, o direito de família passou por uma série de modificações, principalmente no tocante à guarda dos filhos. Com a promulgação da mencionada Lei, a guarda compartilhada, utilizada anteriormente apenas em situações as quais os genitores mantinham bom relacionamento após a dissolução da união, passa a ser obrigatória, principalmente em caso de litígio entre os pais. Isso causou uma verdadeira inversão de valores nos tribunais. Não obstante a essa polêmica, a obrigatoriedade desse modelo de guarda também suscitou outra controvérsia quanto à sua aplicação, alguns se referem à confusão entre a guarda compartilhada e a alternada, embora os dois modelos sejam completamente distintos. Apesar de ser, sem dúvida, o tipo de guarda mais indicado para a manutenção dos laços entre pais e filhos, a guarda compartilhada ainda passa por um processo de adaptação nos tribunais. Esse instituto é uma conquista muito importante para o direito de família e visa assegurar o convívio dos filhos com ambos os genitores. Contudo, a guarda compartilhada necessita ser compreendida de forma mais adequada, bem como mais claramente disciplinada, só assim para ser efetivamente aplicada pela jurisprudência brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Guarda Compartilhada. Aplicabilidade. Convivência.

ABSTRACT

In the present work search from deductive method enquire about the applicability of joint custody in the light of Law n° 13.058/2014, which determined the necessity of the said Institute in Brazilian infra legislation. Betoken that, over the years, the Civil Code of 2002 passed a series of amendments, particularly with regard to children custody. With the promulgation of the mentioned Law, the shared custody, previously used only in situations which the genitors maintained good relationship after the dissolution of the Union, becomes compulsory, especially in the event of a dispute between the parents. This caused a veritable inversion of values in the courts. Despite this controversy, the obligation of this model of guard also raised another controversy regarding its application, some relate to the confusion between joint custody and alternating, although the two models are completely different. Although, undoubtedly, the type of custodian more indicated for the maintenance of links between parents and children, the joint custody still goes through a process of adaptation in the courts. This Institute is a very important achievement for the right of family and seeks to ensure the coexistence of the children with both parents. However, the shared custody needs to be understood more appropriately, as well as more clearly disciplined, only then to be effectively applied by Brazilian law.

KEY WORDS: Family. Shared Custody. Applicability. Familiarity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	RETROSPECTO DA FILIAÇÃO NO DIREITO OCIDENTAL	13
2.1	TRAJETÓRIA HISTÓRICA E MUDANÇA DE PARADIGMA NO DIREITO BRASILEIRO	19
2.2	CONCEITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	26
3	PRINCIPIOLOGIA DA FILIAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	41
3.1	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	43
3.2	PRINCÍPIO DA IGUALDADE	44
3.3	PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR	45
3.4	PRINCÍPIO GERAL DO CUIDADO	45
3.5	PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	46
3.6	PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	47
3.7	PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR	48
4	TIPOLOGIA DA GUARDA NO BRASIL: ASPECTOS HISTÓRICOS E REVERBERAÇÃO SOB A ÉGIDE DO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO	51
4.1	CONCEITO DE GUARDA E ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	52
4.2	CLASSIFICAÇÃO DA GUARDA E EXAME CRÍTICO DOS SEUS EFEITOS	54
4.2.1	Guarda unilateral	55
4.2.2	Guarda alternada	58
4.2.3	Guarda compartilhada	61
4.3	ASPECTOS CONCEITUAIS, PSICOLÓGICOS E SOCIAIS DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO DE FAMÍLIA	69
4.4	DA OBRIGATORIEDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL	72
4.5	ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS RELEVANTES ACERCA DA GUARDA COMPARTILHADA	75
5	DA APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DA LEI Nº 13.058/2014	78
5.1	ASPECTOS GERAIS PARA PROPOSITURA DA AÇÃO E PROCEDIMENTO JUDICIAL	79
5.1.1	Competência	79
5.1.2	Procedimento	81
5.1.3	Legitimidade	82

5.1.4	Caracterização da guarda compartilhada automática em situação de litígio entre os genitores.....	83
5.1.5	Decisão do magistrado e os efeitos jurídicos esperados.....	85
5.2	DA MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA	87
5.3	PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS ENTRE PAIS E FILHOS E O DIREITO À CONVIVÊNCIA.....	92
5.3.1	Da possibilidade de alienação parental	93
5.3.2	Das vantagens e/ou desvantagens da guarda compartilhada na lei nº 13.058/2014.....	97
6	CONCLUSÃO	98
	REFERÊNCIAS.....	101
	ANEXO: Lei nº 13.058/2014	111

1 INTRODUÇÃO

A família representa uma das principais instituições existentes, ela constitui a base de toda a sociedade. Atualmente o conceito de família não está mais restrito ao seu núcleo, formado pelos genitores e sua prole, esse conceito, embora ainda vigente, viu seus limites se alargarem a um complexo bem mais amplo de componentes, como as pessoas ligadas por laços consanguíneos e de afetividade que compartilham interesses mútuos e de convivência.

Diante de todas as transformações pelas quais a família passou ao longo dos anos, o direito vem buscando sempre atender às novas demandas que se apresentam continuamente na sociedade e se adequar aos novos modelos de arranjos familiares que surgem na atualidade.

E uma das questões mais discutidas, a partir de 2008, em direito de família diz respeito à guarda dos filhos menores de casais que se separam. Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, o conceito de família vem se modificado e a própria lei que rege essa instituição passou a ser orientada por uma série de princípios que objetivam, entre outros, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o melhor interesse da criança e do adolescente e a convivência familiar.

Buscando dar respostas às transformações ocorridas na sociedade o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, o Código Civil de 2002 e o Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxeram várias alterações na legislação no que diz respeito aos direitos das crianças e dos adolescentes após a separação dos pais.

No que diz respeito à guarda dos filhos após a promulgação do código de 2002, muito se tem discutido sobre o melhor tipo de guarda a ser adotado após a separação do casal. O único modelo vigente na legislação brasileira até 2008 não mais correspondia aos anseios apresentados pela sociedade, principalmente no que diz respeito ao melhor interesse da criança e do adolescente e de muitos pais que se sentiam alijados de seus direitos paternos uma vez que a espécie de guarda que prevaleceu até então – a guarda unilateral – limitava sua convivência bem como uma participação mais efetiva nas responsabilidades e decisões referentes à criação dos filhos.

Após as modificações trazidas pela Lei nº 10.698, de 2008 que alterou os artigos 1.583 e seguintes, do Código Civil de 2002 que regulamenta, entre outros, a guarda de

filhos no Brasil, o legislador passa a poder optar entre dois modelos de guarda e escolher o que mais se adequa aos conflitos práticos que se apresentam. Embora a lei tentasse possibilitar uma melhor solução para resolver os conflitos envolvendo a guarda dos filhos, esta ainda deixava muitas lacunas que influenciavam diretamente na sua (não) aplicabilidade.

Para dirimir tais problemáticas, foi promulgada a Lei nº 13.058, de 2014. Essa lei trouxe uma inovação quanto à obrigatoriedade da adoção da guarda compartilhada. A partir daí, esse modelo de guarda passou a ser o recomendado para quase todas as situações, inclusive, de conflitos entre os genitores. Salvo as exceções previstas em lei, a guarda compartilhada mostrou-se a mais indicada para a proteção e manutenção dos vínculos de convivência entre pais e filhos.

Diante o exposto, a guarda compartilhada se apresenta como um importante instrumento para a garantia da convivência familiar. Percebe-se, portanto, que este tipo de guarda visa reorganizar as relações entre pais e filhos, de modo a diminuir os traumas ocorridos pelo distanciamento. Nesse diapasão, a guarda compartilhada coloca-se realmente como o tipo de guarda mais adequado para a manutenção os laços afetivos entre pais e filhos?

Deve-se ressaltar que a Lei nº 13.058/2014 tem por objetivo resguardar os interesses dos filhos do ex-casal, que em muitos casos acabam sendo vítimas das brigas dos pais. Segundo os defensores dessa legislação, a guarda unilateral permite que o genitor guardião uma posição privilegiada em relação ao outro e em muitos casos acabam utilizando essa situação como uma arma de controle, restringindo o contato dos filhos com o ex-cônjuge.

Esta situação que coloca os filhos como ‘moeda de troca’ acaba gerando uma série de prejuízos e traumas aos próprios pupilos nesse processo, podendo até incorrer na chamada Alienação Parental. De acordo com a Lei nº 13.058, a guarda compartilhada tem como prioridade as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Desta forma, o presente trabalho tentará perceber, sob a ótica da mencionada Lei, de que forma está sendo conduzida a sua aplicabilidade, bem como a obrigatoriedade da guarda compartilhada vai promover transformações nas relações familiares, tendo em vista que esse é um tema que ainda levanta muitas discussões tanto dentro quanto fora dos tribunais, pois, ao mesmo tempo em que protege os laços de

família com os filhos pode acentuar as diferenças entre os pais. Nesse contexto, a sociedade se depara com uma nova realidade, na qual o convívio harmônico dos genitores deverá ser cada vez incentivado.

A metodologia a ser utilizada embasar-se-á no emprego do método dedutivo, posto que lastrear-se-á na pesquisa bibliográfica, a partir de livros que tratam especificamente acerca do direito de família e da guarda compartilhada e seus desdobramentos. Será também analisada a legislação correlata, a jurisprudência atual e a doutrina jurídica predominante sobre a problemática.

O presente trabalho será dividido em seis capítulos que buscarão analisar a trajetória da família brasileira, perpassando pelo instituto da guarda de filhos. Para tanto, serão abordados os princípios norteadores da filiação, os tipos de guardas existentes no ordenamento jurídico brasileiro e como se dá a sua aplicação na atualidade.

O primeiro e o sexto capítulo correspondem à introdução e conclusão da pesquisa, respectivamente. No segundo capítulo será estudada a instituição da família enquanto pilar para a formação de toda a sociedade. Essa importante entidade sofreu diversas transformações ao longo do tempo. Serão abordadas as mudanças, principalmente no que tange ao poder patriarcal, este substituído pelo atual poder familiar.

O terceiro capítulo estudará os princípios norteadores do direito de família, em especial, o direito de filiação. Esses princípios encontram respaldo no Texto Constitucional e em legislações infraconstitucionais.

O quarto capítulo explorará os tipos de guarda de filhos existentes no Brasil, levando em consideração as controvérsias e conflitos que permeiam os respectivos modelos.

No quinto capítulo será abordada a aplicabilidade da guarda compartilhada à luz da Lei nº 13.058, de 2014, a qual determinou a sua obrigatoriedade no ordenamento jurídico brasileiro.

2. RETROSPECTO DA FILIAÇÃO NO DIREITO OCIDENTAL

Como forma de abordar o tema faz-se necessário um resgate histórico da família, perpassando as mudanças pelas quais este importante instituto sofreu ao longo dos séculos, bem como os seus desdobramentos jurídicos. Para tanto, serão tratados alguns fatos históricos que marcaram o direito de família e os seus aspectos sociais e legais.

Destacar-se-á, ainda, a legislação que rege a instituição da família que é norteadada por uma série de princípios que se destacam pela sua capacidade de promover as transformações necessárias para atender às demandas da sociedade. Como bem define Gonçalves, “a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social.”¹

A família é uma das instituições mais importantes da humanidade, ela constitui a base de toda a sociedade. Por ela entende-se um conjunto de pessoas ligadas por laços consanguíneos e afetivos, que compartilham interesses mútuos e convivem. De acordo com Sílvio de Sálvio Venosa:

Entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos. [...] No curso das primeiras civilizações de importância [...] o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraíndo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar².

Pode-se observar que o autor ressalta que a mudança de paradigma sofrida pela família nas sociedades contemporâneas foi decorrente do enxugamento das relações de dependência entre os membros que compunham os antigos grupos familiares. Para Venosa, a atual família diferencia-se dos modelos anteriores devido aos seus objetivos, formação e papel dos genitores.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves³, o termo família abrangeria a todos aqueles vinculados pelos laços consanguíneos, provenientes de um mesmo tronco, além daqueles ligados pelos laços de afinidade e pela adoção. Conforme legislação vigente –

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 3.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 17-18.

Constituição Federal de 1988⁴ e Código Civil de 2002⁵ – principalmente no tocante às questões sucessórias, o conceito de família restringe-se *aos parentes em linha reta e aos colaterais até o quarto grau*.

Contudo, esse conceito de família nem sempre foi assim considerado ao longo do tempo nas sociedades ocidentais. No Direito romano, por exemplo, o poder familiar estava concentrado na figura do homem, cabendo à mulher o lugar de submissão junto ao esposo. “Em Roma, reinava o autoritarismo e a falta de direitos aos componentes da família, principalmente no que diz respeito aos filhos e à mulher. Existia uma concentração de poder e quem o detinha era a figura do *pater*.”⁶ César Fiuza esclarece que:

Cada família patricia era encabeçada pelo *pater-familias*, ao qual se submetiam todos os demais membros da casa: esposa, filhos, noras e netos, filhas solteiras, clientes e escravos. Exercia funções de pai, esposo, juiz (julgava os membros de sua *domus*, como presidente do tribunal doméstico, que se reunia perante o Lar), administrador (a ele eram prestadas as contas de seus negócios pelos escravos e clientes) e sacerdote (era responsável pelo culto aos deuses domésticos).⁷

Dessa forma, o lugar central da família era ocupado pela figura do *pater-familias*, que, ao morrer, era substituído pelo seu filho primogênito. Caso o casal não possuísse filhos, havia a necessidade da adoção, pois essa posição não podia ficar desocupada, o que acarretaria na não continuidade ao culto familiar.⁸

⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 de mar. de 2016.

⁵ Art. 1.591 São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592 São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra. BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 de mar. de 2016.

⁶ DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIV, n. 85, fev. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em 26 de fev. de 2016.

⁷ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 6.ed. rev., atual. e ampl. De acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 34.

⁸ FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 6. ed. rev., atual. e ampl. De acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 34.

Conforme Caio Mário Pereira, foi a partir da República que se pode notar uma diminuição do poder do soberano, mas foi somente no século II que essa modificação ocorreu efetivamente.

Mas, no que respeita aos direitos civis, a comunidade de existência entre pai e filho impunha a este o poder absoluto daquele. Essa submissão era destinada a durar sempre, salvo a cessação por morte ou *capitis deminutio* do *pater*, elevação do filho a certas dignidades maiores, ou emancipação voluntária, o que autoriza dizer que a *pátria potestas* era vitalícia.⁹

Ainda que o filho gozasse de certa autonomia enquanto cidadão em relação à posição desempenhada na família, este ficava sempre submisso aos poderes patriarcais, salvo por algumas exceções, como o falecimento do pai, ocasião em que o filho assumia a posição de chefe da família.

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa, embora existisse o afeto e a afeição entre os membros de uma mesma família, esse sentimento não era tido como o seu fundamento. O que alicerçava a instituição familiar era o poder paterno ou poder marital.

Os membros da família antiga eram unidos por vínculo mais poderoso que o nascimento: a religião doméstica e o culto dos antepassados. Esse culto era dirigido pelo pater. A mulher, ao se casar, abandonava o culto do lar de seu pai e passava a cultuar os deuses e antepassados do marido [...]. Por essa razão, havia a necessidade de que nunca desaparecesse, sob pena de não mais serem cultuados os antepassados, que cairiam em desgraça. Por isso, era sempre necessário que um descendente homem continuasse o culto familiar.¹⁰

Daí a necessidade de conceber um filho varão, para manter a perpetuação do culto. Quando não era possível ao casal ter um filho, havia a possibilidade da adoção, ela era uma para os casais que não podiam ter filhos legítimos. Ao contrário dos filhos adotivos, vistos como forma de perpetuação do culto familiar, os filhos concebidos fora do casamento religioso eram considerados “bastardos”, não cabendo a estes dar continuidade ao culto doméstico.

Como preceitua Caio Mário Pereira, o vínculo de parentesco só era estabelecido entre o filho natural e seu pai mediante a adoção. A solidificação do cristianismo trouxe a intensificação da rigidez quanto ao tratamento dos filhos naturais, que sofriam a

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. V. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 493.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 4.

rejeição da sociedade, como se deles fosse a culpa das relações pecaminosas vivenciadas pelos seus pais. Tanto no Direito grego, quanto romano não havia a possibilidade do reconhecimento da paternidade.

Por mais de dois séculos diversificou-se, ao extremo, o tratamento aos “filhos naturais” nos vários sistemas jurídicos, predominando a tendência restritiva, ora no sentido de negar o reconhecimento, ora no de podar os seus efeitos, quando admitido¹¹.

O filho natural era definido como o concebido fora da relação conjugal, investido apenas pelo vínculo consanguíneo. Já o filho considerado legítimo era aquele que resultava do matrimônio, este possuía os vínculos consanguíneo e jurídico. Quanto ao casamento da viúva e ao nascimento de filha mulher, Venosa aponta outras particularidades:

Várias civilizações do passado incentivavam o casamento da viúva, sem filhos, com o parente mais próximo de seu marido, e o filho dessa união era considerado filho do falecido. O nascimento de filha não preenchia a necessidade, pois ela não poderia ser continuadora do culto de seu pai, quando contraísse núpcias¹².

Dessa forma, como já abordado anteriormente, a continuidade do culto da família só era perpassada para os filhos homens, às filhas mulheres cabiam dar continuidade às práticas ritualísticas à família do marido. No século IV, época do Imperador cristão Constantino, foi instaurado no direito romano o ponto de vista cristão da família, e conseqüentemente, um pensamento voltado para as questões morais.

No direito germânico, Caio Mário Pereira¹³ afirma que, apesar de não serem estranhas determinadas práticas como a faculdade da venda do filho, o poder paterno não se demonstrou tão rigoroso, o que culminou em relações dúplices, pois cabiam aos pais a criação e educação dos filhos, responsabilidades que só se extinguíam com a capacidade do descendente. Esse poder conferido ao pai perdurou até o período das Ordenações, no qual a emancipação do filho não se dava com a maioridade e sim com a cessação do pátrio poder.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 388.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 5.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 494.

A autoridade do *pater*, aos poucos foi dando lugar à autonomia da mulher e dos filhos, que passaram a administrar os vencimentos militares. Os romanos davam especial importância a *affectio*, como elemento fundamental para a manutenção do casamento. Eles defendiam a dissolução do casamento pelo divórcio quando na relação marital faltassem a convivência e o afeto¹⁴. Gonçalves afirma que o direito canônico trouxe fortes influências para as relações familiares durante a Idade Média, que reconhecia como válido somente o casamento religioso:

Podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa.¹⁵

Com o tempo, essas relações familiares sofreram diversas transformações, principalmente no tocante à questão da autoridade absoluta concentrada unicamente na figura do *pater*. As mudanças também foram sentidas no relacionamento entre pais e filhos. Tal vicissitude foi refletida tanto no Direito ocidental, quanto no Direito brasileiro.

Como elenca Venosa¹⁶, a educação dos filhos deixou de ser função exclusiva dos pais, outras instituições passaram a fazer parte dessa atividade, cabendo ao Estado prestar assistência às diversas camadas da sociedade, inclusive as crianças e os adolescentes. Ao mesmo tempo, a religião passou a exercer menos influência no conceito homogêneo de família.

As transformações econômicas e sociais também contribuíram para a mudança no conceito de família, o sistema capitalista e a industrialização modificaram definitivamente as estruturas familiares. Dentre as transformações oriundas desse contexto pode-se destacar uma diminuição no número de filhos (principalmente nos países mais desenvolvidos) e a inserção da figura feminina no mercado de trabalho. O pai não é mais o principal mantenedor da família, tendo sua posição de chefe

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. p.31.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 6.

restringida, principalmente quanto à acumulação de funções (juiz, sacerdote, entre outros) dentro do grupo familiar¹⁷.

As melhorias nas condições da qualidade de vida das pessoas trouxeram uma maior expectativa de longevidade para todos, atualmente Isso acarretou numa maior longevidade para os seres humanos, ao contrário do que acontecia antes, hoje já é possível conhecer e conviver com diferentes gerações ao mesmo tempo (pais, avós, netos e até bisnetos).

Segundo Venosa, na segunda metade do século XX, o casamento deixou de ser o alicerce primordial da família, os diversos fatores sociais aumentaram o índice de divórcio entre os cônjuges, também houve uma melhor aceitação, por parte da sociedade e da legislação, das uniões sem casamento.

A nova família estrutura-se independentemente de núpcias. Coube à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais, que se fizeram sentir mais acentuadamente em nosso país na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra. Na década de 70, em toda a civilização ocidental, fez-se sentir a família conduzida por um único membro, o pai ou a mãe. Novos casamentos dos cônjuges separados formam uma simbiose de proles. O controle e o descontrole de natalidade são facetas do mesmo fenômeno.¹⁸

Desse modo, percebe-se, mais uma vez, a grande capacidade que a família possui de se adaptar às transformações ocorridas ao longo do tempo. Novos rearranjos familiares se colocam para corresponder às recentes demandas da sociedade. Com isso, há a necessidade da modificação e adequação da legislação vigente.

Conforme o exposto, a família consiste no pilar que sustenta toda a organização social, por isso goza de especial proteção do Estado. Como preceitua a Constituição Federal de 1988¹⁹, ao relegar à família o *status* de base da sociedade.

Corroborando com essa ideia, Gonçalves também reforça que a família é vista pelo Estado como a base da sociedade, para o autor, “é natural, pois, que aquele queira protegê-la e fortalecê-la, estabelecendo normas de ordem pública, que não podem ser

¹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 6.

¹⁸ *Ibidem*, p. 6-7.

¹⁹ Constituição Federal de 1988. Art. 226 – A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 de mar. de 2016.

revogadas pela vontade dos particulares [...] nos litígios que envolvem relações familiares.”²⁰

Assim, pode-se depreender que o Estado é guardião da família e, nesta condição ele procura criar dispositivos legais e normas jurídicas dentro da sua legislação que visam proteger e fortalecer essa tão importante instituição da humanidade – a família.

2.1 TRAJETÓRIA HISTÓRICA E MUDANÇA DE PARADIGMA NO DIREITO BRASILEIRO

O direito de família foi um dos ramos do nosso ordenamento que mais passou por modificações nas últimas três décadas. Enquanto que o Código Civil de 1916 reconhecia e regulamentava apenas a família (patriarcal) constituída pelo casamento, o Código Civil de 2002 trouxe mudanças significativas para o direito de família ao incluir novas relações familiares, como, por exemplo, as construídas a partir de vínculos socioafetivos. A partir da Constituição de 1988 foram reconhecidos os diversos tipos de arranjos familiares já existentes, essas novas formas de família vem conquistando cada vez mais espaço na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

A partir do século XIX, os Códigos produzidos elaboravam suas normas baseadas numa sociedade rural e patriarcal. Esse modelo de família, ainda trazia consigo profundos traços da Antiguidade. O Código de 1916 foi fruto desse contexto social no qual a mulher estava submetida ao poder do marido, e os filhos à sua autoridade paterna. O homem detinha todo o controle sobre a vida de seus familiares.²¹

Segundo Paulo Lôbo, “no Brasil, o direito de família refletiu as condições e modelos sociais, morais e religiosos dominantes na sociedade.”²² Para o autor, o ordenamento jurídico brasileiro pode ser dividido, desde o seu descobrimento, em três períodos distintos que se classificam em: o direito de família canônico (de 1500 até 1889), o direito de família laico (de 1889 até 1988) e o direito de família igualitário e solidário (a partir da Constituição de 1988 até os dias atuais).

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 16.

²² LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

Ainda conforme Lôbo²³, o período canônico foi caracterizado pelo forte controle da Igreja Católica. Mesmo após a proclamação da Independência e da promulgação da Constituição de 1824 esse modelo normativo não se alterou. A influência da religião na vida particular do cidadão brasileiro marcou toda a sua formação, daí a confusão que persiste até a atualidade acerca da definição do que é público e do que é privado. Com a proclamação da República, no final do século XIX, houve a diminuição da competência religiosa sobre as relações familiares, que se tornaram laicas. Do século XX até a Constituição de 1988 houve a significativa mudança quanto à hegemonia da família patriarcal, a diminuição de influência desse modelo de família trouxe modificações para o instituto da filiação como, por exemplo, a igualdade entre os filhos.

A partir da década de 1970 o direito de família no Brasil passou por várias transformações “consuetudinárias, culturais e científicas”, que de acordo com Sérgio Pereira trouxe para o conceito de família um elemento de suma importância para a sua constituição: o afeto. Isso resultou num divisor de águas à medida que trazia uma renovação dos vínculos familiares.²⁴

Corroborando com esse pensamento, Paulo Lôbo destaca o princípio da igualdade entre os cônjuges, assim como também entre os filhos de qualquer origem como ingrediente fundamental para compor as relações familiares. No ano de 1988, com a nova Constituição foram efetuadas alterações significativas, “nenhum ramo do direito privado renovou-se tanto quanto o direito de família, que antes se caracterizava como o mais estável e conservador de todos.”²⁵

Outro importante instrumento que promoveu significativos avanços para o direito de família foi o Código Civil de 2002. Porém, essas mudanças só vieram no sentido de legislar e ratificar situações que já vinham ocorrendo na sociedade, mas até então não estavam regulamentadas, “quer por encontrarem-se em legislação extravagante, quer porque decorriam de princípios incertos na Constituição Federal de 1988, ou porque eram regras arraigadas na consciência jurídica brasileira.”²⁶

²³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41-42.

²⁴ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

²⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

²⁶ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Direito civil: família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 1.

No tocante a essas alterações ocorridas no direito de família, Paulo Lôbo destaca três legislações que contribuíram para a mudança de paradigma: a Lei 883/1949 que dispunha sobre o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento e concedia-lhes direitos até então vedados; a Lei nº 4.121/1962 conhecida como Estatuto da Mulher Casada, que além de excluir a mulher casada do rol dos relativamente incapazes, permitiu que, juntamente com o seu marido, pudesse exercer o poder familiar e; a Lei 6.515/1977 (Lei do Divórcio) que ampliou o grau de igualdade de direitos entre os filhos legítimos e os considerados ilegítimos.²⁷

Deve-se observar que as Legislações a que Paulo Lôbo se refere trouxeram muitos avanços ao Direito de Família Brasileiro em relação ao Código de 1916, porém, apesar da renovação que essas normas apresentaram, na realidade ainda não estabeleceram avanços tão significativos se comparados ao Código Civil de 2002.

A Lei nº 883 de 1949 inovou quando permitiu o reconhecimento dos filhos ilegítimos, contudo, esse reconhecimento só era permitido após a dissolução da relação conjugal. Isso não significou a efetiva igualdade de direitos entre os filhos legítimos e os havidos fora do casamento, visto que a estes só era dado o direito à metade da herança dos filhos legítimos. Essa disparidade foi sanada pela Lei nº 6.515, de 1977, que reconhecia a igualdade de condições quanto ao direito à herança qualquer que fosse a natureza da filiação.²⁸

Deve-se reconhecer que a maior inovação apresentada pela referida Lei, se encontra no art. 7º, que diz respeito à proibição de qualquer alusão à filiação ilegítima no registro civil.²⁹ Com isso, o dispositivo atuou no sentido de coibir a carga pejorativa que era relegada aos filhos concebidos fora do matrimônio.

Quanto às novidades trazidas pela Lei nº 4.121/1962, Estatuto da Mulher Casada, há de se observar que, apesar da esposa poder dividir com o marido a coordenação familiar, a família ainda era regida pela estrutura patriarcal. Esta Lei

²⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

²⁸ Redação original do art. 2º, da Lei 883/1949: “O filho reconhecido na forma desta Lei, para efeitos econômicos, terá o direito, a título de amparo social, à metade da herança que vier a receber o filho legítimo ou legitimado.”;

Redação alterada do art. 2º, da Lei 883/1949 pela Lei 6.515/1977: “Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições.” BRASIL, **Lei nº 883/ 1949**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>. Acesso em: 17 de mar. de 2016.

²⁹ Art. 7º, da Lei nº 883/1949. BRASIL, **Lei nº 883/ 1949**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>. Acesso em: 17 de mar. de 2016.

significou um avanço na medida em que revogou alguns artigos do Código de 1916, dentre eles o art. 233 que conferia exclusivamente ao marido a chefia da sociedade conjugal, cabendo a este a administração dos bens comuns e particulares da mulher, o direito de fixar e modificar o domicílio da família, de autorizar a profissão da mulher e de prover a manutenção da família.³⁰

A Lei nº 4.121/1962 também revogou o artigo 6º, II, do Código Civil de 1916, que relegava à mulher a condição de relativamente incapaz. Tais alterações, ocorridas nos arts. 233 e 6º do Código de 1916 foram posteriormente ratificadas pelo Código de 2002, quando dos arts. 1.565 até 1.570 conferiram, entre outras coisas que “a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”³¹ e no art. 4º, que manteve a exclusão da mulher casada no rol dos relativamente incapazes.

O ano de 1977 representou um avanço para o direito de família, em especial para os filhos, quando declarou a Lei nº 6.515, mais conhecida como Lei do Divórcio a possibilidade dos filhos ilegítimos serem reconhecidos durante a vigência do matrimônio³², diferentemente do que dispunha a Lei nº 883, de 1949, que só permitia esse reconhecimento após a extinção do casamento. Todavia, a Lei do Divórcio ainda

³⁰ Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).

III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV)

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962). Compete-lhe:

I - A representação legal da família; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311); (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique; (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277. (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 1962).

³¹ Art. 1.567, CC/2002. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

³² Art. 51, da Lei 6.515, de 1977 - A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949 passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

Parágrafo único - “Ainda na vigência do casamento qualquer dos cônjuges poderá reconhecer o filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, aprovado antes ou depois do nascimento do filho, e, nessa parte, irrevogável.”

manteve a culpa como determinante para a aquisição da guarda dos filhos uma vez que essa guarda só seria concedida ao cônjuge que não tivesse dado causa à separação³³ (“inocente”), mantendo, assim, praticamente quase a mesma redação da Lei nº 883, de 1949.

Finalmente, mas não menos importante, em 1990 houve a regulamentação da Lei nº 8.069, mais conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente como resultado da “Convenção sobre os Direitos da Criança”, promovida pela Organização das Nações Unidas – ONU.³⁴ No ano de 1990, o Brasil ratificou essa Convenção através do Decreto de nº 99.710.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA – significou um grande avanço quanto ao reconhecimento dos direitos, deveres e garantias das crianças e dos adolescentes, o mencionado diploma legal tem como objetivo promover a proteção integral dos infantes. No tocante à filiação, o ECA trouxe a ampliação das formas de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento. Além disso, conforme redação do seu art. 27, o estado de filiação passou a ser “direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”³⁵

Os maiores avanços, entretanto, para o direito de família ocorreram, como foi mencionado anteriormente, com a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. Outrossim, devido a esses dois diplomas legais que muitos dos direitos referentes à família, que por muito tempo foram almejados pela sociedade, foram finalmente sistematizados e regulamentados. Como preceitua Carlos Roberto Gonçalves, a Constituição Federal de 1988 “abriu ainda outros horizontes ao instituto jurídico da família”³⁶, além de absorver as transformações sociais ocorridas ao longo das últimas décadas.

Ainda seguindo essa linha de pensamento de Gonçalves, o novo Texto Constitucional, privilegiou o princípio da dignidade da pessoa humana, o que trouxe uma verdadeira revolução para o direito de família, uma vez que estabeleceu três eixos

³³ Art. 10, da Lei 6.515, de 1977 - Na separação judicial fundada no "caput" do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e (sic) não houver dado causa.

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 19.

³⁵ BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 de mar. de 2016.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

básicos: a pluralidade da entidade familiar, com a legitimação das diversas formas de sua composição (art. 226, CF); o eixo transformador (art. 227, § 6, CF) que consiste na modificação do sistema de filiação, com a proibição de designações preconceituosas em relação aos filhos concebidos fora do casamento e o terceiro eixo que é a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres.³⁷

Em linhas gerais o Código Civil de 2002 trouxe algumas inovações ao Direito de Família, se comparado ao Código de 1916. Segundo Pereira, o novo Código segue as modernas tendências que:

Podem ser sintetizadas nas três grandes características do direito de família atual, antes mencionadas: revalorização do aspecto afetivo, busca de autenticidade nas relações e preservação dos interesses de crianças e adolescentes.³⁸

Diante disso, percebe-se a modificação dos valores que conduziam a sociedade, a afetividade conquistou definitivamente espaço nas relações familiares e passou a servir como base para a formação da família, além disso, a busca pelo melhor interesse do menor proporcionou aos filhos serem assistidos, enquanto sujeitos de direito, merecedores de toda proteção legal.

Com o novo Código, o conceito de família foi ampliado na medida em que regulamentou outras formas de constituição da família como entidade familiar e reafirmou a igualdade entre os filhos quanto aos direitos e qualificações, como já assegurados pela Constituição Federal. Essas alterações, conquistadas com a Constituição de 1988 e com o Código Civil de 2002 explicitam e ressaltam a importância da função social da família no direito brasileiro.³⁹

Nesse diapasão, Ana Carla Harmatiuk Matos esclarece que a Constituição de 1988 foi um divisor de águas no que concerne às conquistas normatizadas

³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

³⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 31.

³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34-35.

reconhecedoras dos princípios norteadores do Direito Civil⁴⁰, ao mesmo tempo em que elevou a família à posição de base para a sociedade.

Já em relação ao Código Civil, Maria Berenice Dias enfatiza que, apesar de ter entrado em vigor em 11 de janeiro de 2003, seu projeto original remete a 1975, anterior inclusive à Lei do Divórcio, de 1977. O referido Código tramitou no Congresso Nacional antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, que adotou diferente ordem de valores, ressaltando a dignidade da pessoa humana. Dessa forma:

Em completo descompasso com o novo sistema jurídico, o projeto sofreu modificações profundas para adequar-se às diretrizes constitucionais. Daí o sem-número de emendas que sofreu. Inúmeros remendos foram feitos, o que, ainda assim, não deixou o texto com a atualidade e a clareza necessárias para reger a sociedade dos dias de hoje.⁴¹

Há de se observar que, ainda conforme a referida autora, não obstante das contribuições trazidas pelo Código Civil de 2002 como, por exemplo, a igualdade entre homens e mulheres na administração da família e dos filhos havidos ou não do casamento, esse dispositivo legal não avançou no que diz respeito à guarda compartilhada, que apesar de regulamentada em 2008, só foi imposta legalmente com a Lei 13.058, de 2014.⁴²

Essa Lei trouxe mais clareza quanto à aplicação do instituto da guarda compartilhada, pois, mesmo estando disciplinada no art. 1.583, § 1º, do Código Civil, esta não era aplicada na prática. O entendimento que havia era que, em caso de litígio, a guarda seria dada à mãe, impossibilitando a aplicação da guarda compartilhada. Isso trazia muitos prejuízos para a convivência do filho com ambos os pais, pois em algumas ocasiões os filhos eram tratados como “moeda de troca” e a relação familiar era subtraída.

⁴⁰ MATOS, Ana Carla Harmatuik. **Perspectiva civil-constitucional**. In: DIAS, Maria Berenice. (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. De acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.31-32.

⁴² *Ibidem*, p. 32.

2.2 CONCEITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A família é considerada a base do Estado e por isso conta com a proteção constitucional. É essencial para a formação do indivíduo e constituição da sociedade. A definição dessa importante instituição é alvo de diversos estudos e passou por uma série de transformações necessárias para acompanhar as mudanças de paradigmas ocorridas no decorrer dos anos. Por isso, há várias interpretações acerca do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro. Para Loureiro:

A família pode ser definida de forma estrita como uma associação de pessoas integradas por indivíduos de sexos distintos e seus filhos, que vivem em um domicílio comum, sob a autoridade de ambos os pais em situação de igualdade.⁴³

Nesse sentido, a família está restrita apenas aos cônjuges e aos seus filhos, o que na Roma antiga era conhecida como *domus*. Sob um prisma mais abrangente, levando em consideração aspectos biológicos, a família compreende não apenas pais e filhos, mas sim todos os indivíduos que procedem de um mesmo tronco ancestral. Nader afirma que a:

Família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra de um tronco comum.⁴⁴

Dessa forma, a composição do instituto familiar é estendida aos ascendentes e colaterais dos cônjuges, tais como, por exemplo, sogros, cunhados, genros e noras. Apesar dessas duas concepções acerca da família – uma em sentido estrito e outra em sentido amplo, para Pereira⁴⁵, esta última, embora contenha forte apelo sentimental e seja dotada de grande prestígio social, lhe carece uma maior proteção jurídica nas sociedades contemporâneas. Segundo Clóvis Beviláqua⁴⁶:

⁴³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. Ed. Método. São Paulo: 2007, p. 983.

⁴⁴ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3.

⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴⁶ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 16.

No direito moderno, família é o conjunto de pessoas ligadas pela consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritivamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se por família somente os cônjuges e a respectiva progênie.

Assim, a família pode ser entendida como um organismo vivo, sujeito a variações conforme a estrutura dos seus núcleos, que podem ser mais amplos ou mais fechados. Maria Helena Diniz, em estudos sobre a família, utilizando as definições dos clássicos doutrinadores do direito civil divide a família em três acepções primordiais, considerando os aspectos jurídicos.

O sentido amplíssimo, segundo Diniz⁴⁷, abrange todas as pessoas que estiverem relacionadas pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando até mesmo a incluir estranhos. Na acepção lata além do núcleo familiar, também está incluído na família os parentes de linha reta, os colaterais e os afins. Já a significação restrita, como o próprio nome diz, considera como família somente os cônjuges e a prole.

A autora resgata, na concepção amplíssima a ideia de uma família que remete à antiga Roma, que incluía os empregados, parentes e quaisquer pessoas que fossem dependentes daquela unidade familiar. De acordo com o art. 241, da Lei 8.112/1990, Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, ainda em vigor, é considerada da família do servidor, além do consorte e seus filhos, quaisquer indivíduos que dele dependam e façam parte do seu assentamento individual.

Exemplo dessa concepção de família amplíssima é a antiga Lei nº 1.711 de 1952, que regulamentava a respeito do Plano de Assistência ao Funcionário e sua

⁴⁷ Registra-se que segundo a classificação de Maria Helena, o termo família apresenta as seguintes acepções: [...] a) No *sentido amplíssimo* o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do artigo 1.412, § 2º, do Código Civil, em que as necessidades do usuário compreendem também as das pessoas do seu serviço doméstico. A Lei n. 8.112/90, Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, no art. 241, considera como família do funcionário, além do cônjuge e prole, quaisquer pessoas que vivam a suas expensas e constem de seu assentamento individual.

b) Na acepção “*lata*”, além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrange os parentes de linha reta ou colateral, bem como os afins (os parentes do outro cônjuge ou companheiro), como a concebem os artigos 1.591 e s. do Código civil, o Decreto-lei nº 3200/41 e a Lei 8.069/90, art. 25, parágrafo único, acrescentado pela Lei n. 12.010/2009.

c) Na *significação restrita* é a *família* (CF, art. 226 §§ 1º e 2º) o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (CC, arts. 1.567 e 1.716) e *entidade familiar* a comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, independente de existir o vínculo conjugal que a originou. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 5: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23-24.

Família, no tocante à Previdência. Este dispositivo obrigava o Estado a prestar assistência ao funcionário público e à sua família. Segundo a referida Lei estava assegurado ao servidor público federal e aos seus familiares assistência médica, dentária e hospitalar, sanatório e creches, previdência, seguro e assistência judiciária, além de financiamento para aquisição de imóvel destinado a residência e cursos de aperfeiçoamento e especialização profissional⁴⁸.

Outrossim, no mesmo diploma legal estava disciplinado que a família do funcionário compreendia além do cônjuge e filhos, quaisquer indivíduos que vivessem às suas expensas e constassem de seu assentamento individual.⁴⁹

Já na acepção *lata*, o conceito de família também vai além dos cônjuges e seus filhos, porém, restringe-se aos parentes em linha reta (pais e avós/filhos e netos), os colaterais (irmãos) e os afins (parentes do outro cônjuge ou companheiro). Exemplo desse conceito pode ser encontrado no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto Lei nº 3.200, de 1941, que dispõe sobre a organização e proteção da família. E ainda pela Lei nº 8.069, de 1990, no seu art. 25, e pela Lei 12.010, de 2009, que definiram a família natural como a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Assim entende-se por família extensa ou ampliada aquela que é formada pelos parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos tanto de afinidade, quanto de afetividade e não apenas pelos pais e filhos. Ela se estende, assim, para além da unidade do casal.⁵⁰

É interessante ressaltar que esta concepção estendida de família – na qual se consideravam membros do núcleo familiar não apenas o cônjuge e os filhos, mas também os pais do marido ou esposa, os irmãos e irmãs, bem como os enteados – foi legalmente aceita no Brasil durante a maior parte do século XIX. No art. 5º, da Lei nº 3.373, de 1958, está elencado o rol de membros que são considerados da família do

⁴⁸Arts.160 e 161, da Lei nº 1.711, de 1952. BRASIL. Lei nº 1.711/1952. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1711.htm>. Acessado em: 11 de mar. de 2016.

⁴⁹Art. 241, da Lei n. 1.711, de 1952. BRASIL. Lei nº 1.711/1952. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1711.htm>. Acessado em: 11 de mar. de 2016.

⁵⁰ Art. 25, da Lei 8.069 de 1990, modificada pela Lei 2.010, de 2009. BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acessado em: 11 de mar. de 2016.

servidor público que possuem direito à assistência do Poder Estatal, tanto para obtenção de pensão vitalícia, quanto temporária.⁵¹

Seguindo a linha de raciocínio de Maria Helena Diniz⁵², finalmente chegamos a terceira e última acepção de família: a *significação restrita*. Nesse conceito, a *família* encontra-se reduzida somente aos cônjuges ou companheiros e os seus filhos. Já a *entidade familiar* consiste no grupo de indivíduos interligados pela relação proveniente do casamento e/ou união estável (reconhecida ou não) e de sua prole. Vale salientar que, conforme Diniz, a entidade familiar corresponde a:

Comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal, independentemente de existir o vínculo conjugal, que a originou (*JB*, 166:277 e 324).⁵³

Assim, nessa acepção, o conceito de *família* fica limitado aos §§ 1º e 2º, do art. 226⁵⁴, da Constituição Federal, ao passo que *entidade familiar* é composta não mais somente pela constituição de um casamento e sim de outras formas de agregamentos dispostos nos §§ 3º e 4º, do mesmo dispositivo legal. Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 legitimou a existência da entidade familiar através do afeto e da livre

⁵¹ Art. 5º, da Lei nº 3.373/1958 [...] considera-se família do segurado:

I - Para percepção de pensão vitalícia:

a) a esposa, exceto a desquitada que não receba pensão de alimentos;

b) o marido inválido;

c) a mãe viúva ou sob dependência econômica preponderante do funcionário, ou pai inválido no caso de ser o segurado solteiro ou viúvo;

II - Para a percepção de pensões temporárias:

a) o filho de qualquer condição, ou enteado, até a idade de 21 (vinte e um) anos, ou, se inválido, enquanto durar a invalidez;

b) o irmão, órfão de pai e sem padrasto, até a idade de 21 (vinte e um) anos, ou, se inválido enquanto durar a invalidez, no caso de ser o segurado solteiro ou viúvo, sem filhos nem enteados.

Parágrafo único. A filha solteira, maior de 21 (vinte e um) anos, só perderá a pensão temporária quando ocupante de cargo público permanente.

Art. 5º, da Lei nº 3.373, de 1958. BRASIL. Lei nº 3.373/1958. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3373.htm>. Pesquisado em: 11 de mar. de 2016.

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24-25.

⁵³ Ibidem, p. 25.

⁵⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

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

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

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

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 de mar. de 2016.

vontade de estabelecer um relacionamento, daí o reconhecimento da união estável, bem como da entidade familiar monoparental⁵⁵.

Outro ponto relevante consiste na não taxatividade do art. 226, da Carta Constitucional de 1988. Daí o reconhecimento de outras diversas entidades familiares existentes na sociedade. Nesse sentido, Gagliano afirma que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu três tipos de família que fazem jus à irrestrita proteção do Estado: *o casamento, a união estável e o núcleo monoparental*.⁵⁶

Como se pode constatar, na legislação brasileira ainda não existe um consenso no tocante à aceção de família. Em suas diversas ramificações jurídicas podemos encontrar mais de uma aceção de família em uma mesma codificação. Um exemplo disto é o próprio Código Civil de 2002, que ao longo dos seus artigos dispõe sobre os distintos conceitos de família. No seu § 2º, do art. 1.412, a família é reconhecida no seu sentido amplíssimo, pois quando delibera sobre o usufruto a citada legislação dispõe que:

Art. 1.412. O usuário usará da coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as **necessidades suas e de sua família**. [...]
 § 2º As **necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico** [...].
 (grifo nosso)⁵⁷

Nesse sentido, a família não está restrita apenas aos pais e seus filhos, mas sim estendida às pessoas do seu serviço doméstico, o que nos remete novamente à ideia de família da antiga civilização romana. No mesmo diploma legal, dos art. 1.591 ao 1.595, temos a aceção *lata* de família, quando estende o seu conceito para os parentes em linha reta, colateral e afins.⁵⁸

⁵⁵ Conforme redação do art. 226, § 4º, da Constituição Federal a entidade familiar monoparental é aquela composta por qualquer dos pais e seus descendentes.

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

⁵⁷ BRASIL, **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 de mar. de 2016.

⁵⁸ Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592, do CC/2002. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

Percebe-se, no que concerne às relações de parentesco, o conceito de família aproxima-se da acepção lata, uma vez que considera como membros de uma mesma família o grupo composto por cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes, parentes em linhas reta e colateral, assim como também os parentes constituídos pelo vínculo de afinidade.

Ainda no Código Civil de 2002 podemos encontrar a acepção restrita de família, quando no art. 1.567, que dispõe sobre a eficácia do casamento, estabelece que “a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.”⁵⁹

Ou, ainda, no art. 1.716, da mesma norma, quando dispõe a respeito do bem de família. O mencionado artigo delibera que a isenção da execução do bem de família por dívidas posteriores está restrita aos cônjuges e aos filhos enquanto estes não tenham atingido a maioridade. Daí a evidência da acepção restrita da família.

Assim, Maria Helena Diniz⁶⁰ sustenta que o nosso conjunto de normas, baseado nessas acepções utiliza a palavra família levando em consideração os seguintes critérios: o de efeitos sucessórios (engloba todas as pessoas investidas legalmente para herdar uns dos outros, como por exemplo, parentes de linha reta, cônjuges, companheiros⁶¹ e os colaterais até o 4º grau⁶²) e alimentares (a família abrange os ascendentes, os descendentes e os irmãos⁶³), da autoridade (o poder familiar está restrito aos pais e filhos menores) e o das implicações fiscais (rol taxativo)⁶⁴ e previdenciárias (corresponde ao casal, seus filhos até 21 anos, filhos inválidos de qualquer idade, enteados e menores tutelados, entre outros). Para Diniz, apesar desses critérios estabelecidos nenhum deles:

§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

⁵⁹BRASIL, **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 de mar. de 2016.

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 5: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25.

⁶¹ Art. 1.790, do Código Civil de 2002.

⁶² Art. 1.829, IV, 1.839 a 1.843, do Código Civil de 2002.

⁶³ Arts. 1.694 a 1.697, do Código Civil de 2002.

⁶⁴ Para efeitos de dedução fiscal, a família compreende: cônjuge ou companheiro, filhos menores, filhos maiores inválidos ou os que tenham até 24 (vinte e quatro) anos, desde que frequentem a universidade, filhas solteira, ascendentes inválidos e dependentes economicamente e filhos apenados.

Considerados isoladamente, possibilita chegar a um conceito jurídico de família, embora deles se possa inferir seu sentido técnico, entendendo-se como família o grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto, numa mesma economia e sob a mesma direção.⁶⁵

A família não pode ser considerada isoladamente, deve ser percebida no contexto em que se insere. Corroborando nesse mesmo sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que: o conceito de família não tem um único significado, pois a Constituição “consagrou uma estrutura paradigmática aberta, calcada no princípio da afetividade, visando a permitir, ainda que de forma implícita, o reconhecimento de outros ninhos ou arranjos familiares socialmente construídos.”⁶⁶

Assim, como exposto ao longo do capítulo, podemos perceber que, levando em consideração os diversos estudos realizados pelos mais variados doutrinadores sobre o direito de família – como por exemplo, Clóvis Beviláqua, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, entre outros – a definição do conceito de família não é algo acabado, definido pelo ordenamento jurídico.

Como já mencionado, a família é a base de todo o desenvolvimento humano, ela norteia as organizações sociais, por isso essa importante instituição conta com a proteção constitucional do Estado. A legislação vigente passa por um constante processo de adaptação, transformações essas que visam acompanhar as modificações sofridas na sociedade, no âmbito das questões que envolvem a família e suas especificidades ao longo dos anos.

No direito de família, o casamento é tido como principal propulsor da formação familiar, daí o seu especial tratamento frente aos outros institutos. Dele sucedem outros organismos tais como, tutela, curatela, alimentos, filiação, entre outros. Não se pode olvidar que a união estável, devido aos anseios da sociedade, com as mudanças legislativas ganhou novo *status* e foi melhor disciplinada. Como preceitua Pereira:

⁶⁵ No mesmo sentido, também elucidam a questão: Ferrara, Trattato di diritto civile italiano, p. 547; s.; Orlando Gomes. Direito de família, p. 42 e DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. vol. 5: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

O regramento jurídico da família não pode insistir, em perniciosa teimosia, no obsessivo ignorar das profundas modificações consuetudinárias, culturais e científicas; petrificado, mumificado e cristalizado em um mundo irreal, ou sofrerá do mal da ineficácia. Tanto é assim que, já em 1984, Orlando Gomes afirmava que o direito de família era aquele em que mais se fazia sentir a necessidade de modernização.⁶⁷

Vemos que, embora lentamente, a legislação acerca do direito de família, vem se adequando às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais pelas quais a sociedade vem passando. Nos últimos 30 anos foi percebida uma notável transformação no que diz respeito ao direito de família.

A união estável, apesar de sempre ter existido, passou finalmente a ser reconhecida como instituto equiparado ao casamento, dando aos membros dessa relação o devido amparo legal antes só desfrutado pelas uniões decorrentes do casamento.

Outra modificação foi quanto ao reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento – bastardos (ilegítimos). Atualmente essa designação perdeu significação, aos filhos concebidos através de outras formas de união que não o casamento foram dados os mesmos direitos dos filhos legítimos. Atualmente, não há mais a distinção entre a prole, todos são sujeitos dos mesmos direitos, enquanto que os pais são protagonistas dos mesmos deveres para com aqueles.

Outra notável mudança que vimos no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito ao direito de família se refere à guarda dos filhos após a separação dos pais – guarda compartilhada. Esse instituto, embora já existisse no ordenamento jurídico brasileiro, só recentemente foi disciplinado por legislação específica.

Até então, a guarda compartilhada estabelecida no Código Civil de 2002 recomendava que em caso de separação litigiosa, não havendo acordo entre mãe e pai quanto à guarda do filho, seria aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.⁶⁸ No entanto, na prática dos tribunais brasileiros, os juristas, quando se deparavam com

⁶⁷ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família**: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

⁶⁸ Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. [...] § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

uma situação fática optavam pela não aplicação da guarda compartilhada, devido à situação de litígio entre os pais.⁶⁹

Nesse sentido, a jurisprudência vinha se mostrando contrária ao que estava regulamentado no dispositivo legal, como por exemplo, no julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2008:

EMENTA. Ação de guarda de menor. Guarda compartilhada. Relação conflituosa entre os genitores. Impossibilidade. Risco de ofensa ao princípio que tutela o melhor interesse do infante. Procedência do pedido. Provimento da irresignação. Inteligência do art. 227 da Constituição da República e arts. 1583 e 1584 do Código Civil, com redação dada pela Lei n. 11-698/2008. A guarda compartilhada não pode ser exercida quando os guardiões possuem uma relação conflituosa, sob o risco de se comprometer o bem estar dos menores e perpetuar o litígio parental. Na definição de guarda de filhos menores, é preciso atender, antes de tudo, aos interesses deles, retratado pelos elementos informativos constantes dos autos. TJMG. Ap. Cível n. 10775.05.004678-5/001/ Coração de Jesus, 5ª Cam. Cível, rel. dês. Dorival Guimarães pereira. J.07/08/2008. DJEMG 27/08.2008.⁷⁰

Pelo exposto, consta-se que, apesar da redação do art. 1.584, § 2º, do Código Civil de 2002, hoje modificado pelas Leis nº 11.698, de 2008 e nº 13.058, de 2014, os magistrados decidiam baseados no entendimento contrário que estava na lei. Para eles não era possível a aplicabilidade da guarda compartilhada devido às relações de conflito em que os pais estavam inseridos.

Esse entendimento era corroborado pelos diversos profissionais envolvidos no processo, tais como psicólogos, assistentes sociais. Até mesmo entre os doutrinadores de direito de família não havia um consenso quanto à aplicação da guarda compartilhada. Tal conflito será melhor explorado no decorrer do próximo capítulo. Outro instituto que sofreu profundas modificações foi a filiação, que trouxe para os filhos inovações no tocante às condições jurídicas destes. Para Gonçalves, este instituto passou por:

Profunda modificação com a nova ordem constitucional, que equiparou, de forma absoluta, em todos os direitos e qualificações, os filhos havidos ou não

⁶⁹ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz; COSTA, Edna Maria Farah Hervey. **Teoria e prática do direito de família.** De acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Editora Letras Jurídicas: Bestbook Editora, 2003, p. 136.

⁷⁰ BRASIL, TJMG. Ap. Cível n. 10775.05.004678-5/001/ Coração de Jesus, 5ª Cam. Cível, Rel. Des. Dorival Guimarães Pereira. Julg. 07/08/2008. DJEMG 27/08.2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/145695494/andamento-processual-n-00446419120148140301-do-dia-03-10-2014-do-tj-pa>. Acesso em: 06 de mar. de 2016.

da relação de casamento, ou por adoção, proibindo qualquer designação discriminatória.⁷¹

Como percebemos, o art. 227, § 6º da Carta Magna, atribuiu igualdade de direitos e qualificações aos filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção. O referido artigo proibiu, ainda, quaisquer designações discriminatórias relacionadas à filiação.⁷² Essa modificação quanto ao reconhecimento de paridade entre os filhos representou um avanço para o direito de família, que atendeu aos apelos e transformações ocorridas na sociedade.

Destarte, o conceito de família não é algo determinado, possui vários entendimentos, constituindo um complexo instituto, em constante processo de modificação. Com a Constituição de 1988 houve uma mudança de paradigma na legislação no que diz respeito ao direito de família e, conseqüentemente, na concepção da família. Essa transformação, conforme Ivone Coelho de Souza foi conduzida pela:

Realidade que se impôs, acabou afastando da ideia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação.⁷³

Graças às inovações trazidas pelo Texto Constitucional de 1988 o conceito de família estabelecido no Código Civil de 1916 foi ampliado. Isso permitiu que essas relações familiares (embora já existentes) que ainda não haviam sido reconhecidas pela legislação vigente, fossem disciplinadas pelo ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988, nos arts. 226, §§ 3º e 4º e 227, § 6º, torna legalmente válida não apenas a família originada a partir da constituição do casamento, mas, também legitima e estende a proteção do Estado às outras formas de famílias configuradas, tais como por exemplo, a família fruto da união estável e da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (entidade familiar monoparental), bem como estabelece a igualdade entre todos os filhos (independente se nascidos ou não pela relação matrimonial), inclusive os adotados.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20.

⁷² Art. 227, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Consultado em 06 de mar. de 2016.

⁷³ SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. **Famílias modernas**: (inter)secções do afeto e da lei. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 8, 2001, p.65.

Maria Helena Diniz enfatiza que a família *matrimonial* (constituída pelo casamento e composta pelos cônjuges e sua prole) não é a única que deva contar com a proteção do Estado. Além desta forma de constituição familiar, a autora classifica a existência de outras duas espécies de famílias: a *não-matrimonial* (proveniente das relações extraconjugais) e a *adotiva* (configurada através da adoção).⁷⁴

Diniz ressalta, ainda, que conforme o direito, as uniões constituídas à imagem e semelhança do casamento e as configuradas pela guarda, tutela e adoção devem ser igualmente tuteladas pelo Estado. Surge, assim, o conceito de família substituta constituída a partir da Lei 8.069, de 1990 (art.28, §§ 1º ao 6º) e da Lei 12.010, de 2009. Diante disso:

Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização integral do ser humano.⁷⁵

Diante de todas as transformações ocorridas nas quatro últimas décadas no Brasil tanto no âmbito social, político e econômico quanto no jurídico não se pode mais restringir o conceito de família aos modelos arcaicos e ultrapassados como ocorria antigamente. A estrutura tradicional de família composta pelo pai e pela mãe, ligados pelo matrimônio, e pelos filhos foi sendo substituída pelas formas modernas de arranjos familiares, que diga-se de passagem, são as mais variadas possíveis na atualidade.

Segundo Maria Berenice Dias⁷⁶, a Constituição de 1988 reconheceu a existência não só da família matrimonial como de todas as outras possibilidades de entidades familiares. No Texto Constitucional vê-se apenas enumeradas as formas mais corriqueiras de constituição familiar, mas há de se destacar que a ordem atual leva em consideração o pluralismo das relações familiares, que foi trazido com o alargamento das relações interpessoais.

⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

⁷⁵ Ibidem. Idem.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. De acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 40-41.

Além das constituições familiares citadas anteriormente, Maria Berenice Dias⁷⁷ classifica outros tipos de formações existentes na nossa sociedade, tais como: homoafetiva (equiparada à união estável); a paralela ou simultânea (relação de concubinato); a poliafetiva (formada por um homem e duas mulheres, por exemplo); anaparental (convivência entre parentes); pluriparental (constituída a partir de desfazimento de relações passadas); ampliada (não se restringe à ideia de família biológica, formada por parentes próximos ligados pela afinidade e afetividade); substituta (usado excepcionalmente como forma de proteger a criança) e; eudemonista (conceito moderno de família que é estabelecido pela busca da felicidade individual do próprio sujeito).

Esse não é um rol taxativo, visto outras formas de constituição familiar que possam surgir e mereçam igualmente a proteção e o reconhecimento estatal. Além disso, percebe-se que em todas as diferentes concepções de família citadas, a afetividade está presente em todas elas como elemento propulsor da formação e manutenção familiar. O conceito de família está relacionado, cada vez mais à ideia da relação construída baseada no amor, no afeto, na emoção, no respeito, na assistência recíproca, no companheirismo, na dedicação mútua e na autenticidade nas relações.⁷⁸

Nesse sentido, vários segmentos da sociedade se colocam no intuito de fazer valer o respeito e a preservação de seus direitos, dentre elas, no tocante ao direito civil, quanto ao direito de família destacam-se as uniões provenientes das relações homoafetivas.

Esse assunto ainda levanta muita polêmica entre alas conservadoras e progressistas dentro da nossa sociedade. É um tema delicado que por mexer com questões de cunho religioso, social, legislativo, ideológico e jurídico, causa controvérsias, daí a necessidade de uma abordagem mais específica acerca do tema.

Há pouco tempo atrás, a sociedade brasileira presenciou uma grande polêmica no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos que envolvem as relações

⁷⁷ Cf. mais informações sobre o assunto em: DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. De acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁷⁸ PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família**: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 32.

homoafetivas no direito de família. A equiparação das relações homoafetivas à união estável através da ADI 4.277/2011 e da ADPF 132/2011, bem como da Resolução do CNJ nº 175/2013 passaram a permitir a existência da união estável e da entidade familiar nas relações homoafetivas, além disso, ordenou que os cartórios celebrassem o casamento civil ou a conversão da união estável em casamento para as pessoas de mesmo sexo.

Há de se observar que a V Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, ocorrido em 2011, possibilitou através do Enunciado nº 524⁷⁹ a legitimação das demandas referentes à união estável entre pessoas do mesmo sexo como matéria de Direito de Família. Embora as relações homoafetivas não sejam um fenômeno recente só atualmente o legislador brasileiro passou a dedicar especial atenção aos efeitos sociais, econômicos e jurídicos advindos desse tipo de relação.

No Brasil até a década passada, “qualquer união entre pessoas homossexuais, [...] era tida, do ponto de vista jurídico, como negócio jurídico inexistente, chegando a doutrina a denominá-la ‘nada jurídico’”.⁸⁰ Essa prática perdurou por longo período nos tribunais tornando-se recorrente nos julgados referentes à efetivação dos direitos conferidos à união homoafetiva. Muitos magistrados fundamentavam suas decisões em legislação da época, tal como a RT 742:392 que assevera que “a união de duas pessoas do mesmo sexo, por si só, não gera direito algum para qualquer delas, independentemente do período de coabitação.”⁸¹

Conforme enuncia Maria Berenice Dias, as questões envolvendo a discussão de direitos e deveres dos homossexuais nas relações de família geralmente eram resolvidas na seara cível.⁸² Por um longo período, devido à falta de legislação específica, a via judicial foi a saída para as demandas que diziam respeito às relações familiares homoafetivas. Muitos magistrados se escusavam de assumir uma posição e utilizavam

⁷⁹ BRASIL, Enunciado 523, da V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://professorsimao.com.br/enunciados/enunciados.aspx?ti=Enunciados%20Aprovados%20na%205%C2%AA%20Jornada%20de%20Direito%20Civil&id=200>>. Acesso em: 06 de abr. de 2016.

⁸⁰ BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Uniões homossexuais: o estado da arte na jurisprudência brasileira. In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009, p 171.

⁸¹ RT 742:392. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em 06 de abr. de 2016.

⁸² A exemplo da RT 756:117: a união entre duas pessoas do mesmo sexo em que os parceiros mutuamente se obrigaram a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns, deve ser reconhecida como sociedade de fato prevista no art. 1.363 do CC e, portanto, produzir efeitos de natureza obrigacional e patrimonial que o direito comum abrange e regula, inclusive a partilha de bens no caso da morte de um dos parceiros. RT 756:117. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em 06 de abr. de 2016.

justificativas processuais como forma de se furtarem do julgamento das ações que compreendiam os direitos homoafetivos.

Para não terem que assumir uma posição, muitos juízes se escondiam atrás de tecnicismos legais e usavam argumentos de origem processual para se esquivarem de enfrentar o tema. [...] Ora se alegava que a pretensão não tem previsão legal, a tornar o pedido impossível. Ora os processos eram passados de um juiz a outro, cada um alegando a própria incompetência.⁸³

Nesse sentido, muitos obstáculos eram colocados por aqueles que deveriam garantir a efetivação do direito, que muitas vezes era suprimido. Hodiernamente essa prática foi abolida no sistema jurídico brasileiro, não sendo mais possível extinguir o processo sob tal argumento, posição atualmente ratificada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

E, embora ainda se tenha o hábito de caracterizar a família, constituída por pai, mãe e prole, aos poucos essa concepção tradicional vem cedendo lugar ao conceito de agrupamento familiar formado por pessoas unidas principalmente pelos laços de afetividade. De acordo com Paulo Lôbo, a Constituição Federal, ao ressaltar o conceito de entidade familiar, veio reconhecer as diversas formas de agrupamentos familiares existentes, não mais privilegiando apenas a família constituída a partir do matrimônio. Nesse contexto, o autor esclarece que:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.⁸⁴

Percebe-se, que a Constituição Federal de 1988 possibilitou o reconhecimento de várias formas de famílias, pois essa diversificação pode ser expressamente encontrada em seu texto constitucional e, também, em diferentes dispositivos do ordenamento

⁸³ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.140.

⁸⁴ LÔBO, Paulo. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e Cidadania. O novo CCB e a *Vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiln_z3vzLAhXChpAKHVw6DIcQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.egov.ufsc.br%2Fportal%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2F anexos%2F9408-9407-1-PB.pdf&usq=AFQjCNH5GqKkM-byilvk5qt6jGw9rvJIgg>. Acesso em: 06 de abr. de 2016.

jurídico. Conforme Sílvia Ozelame Rigo Moschetta, as famílias plurais representam também as famílias brasileiras, sendo legítima a sua constituição, seja entre as uniões formadas a partir das relações homoafetivas, heteroafetivas, monoparentais ou parentais. De acordo com a autora:

Nesse contexto, agasalhou-se a família homoafetiva como entidade familiar significando uma mudança de paradigma nos Tribunais e na sociedade. O desejo de incluir filhos ou filhas nessa família se traduz pela homoparentalidade, que, [...] será analisada pelo viés da reprodução humana assistida e suas implicações jurídicas no momento do registro de nascimento da criança, para que conste dupla maternidade ou paternidade.⁸⁵

É nesse diapasão, do conceito de família ampliada trazido pela Constituição Federal de 1988, que vem se estabelecendo a entidade familiar homoafetiva no campo jurídico brasileiro, com seus direitos e deveres se materializando de maneira expressa na legislação vigente que trouxe em seu texto um rol exemplificativo de acepções de família.

Vale salientar que a união homoafetiva, embora nunca tenha sido explicitamente redigida no Texto Constitucional também não estava proibida. Assim, ainda que muitos moralistas sempre tenham tentado arranjar motivos para o não reconhecimento de tais relações, seus argumentos não se sustentavam, pois, na seara jurídica, até o mais positivista dos legisladores há de concordar com Hans Kelsen⁸⁶ quando este defende que toda conduta que não for proibida, é juridicamente permitida.

Destarte, no tocante às relações homoafetivas a legislação vigente avançou no que diz respeito ao reconhecimento da legitimidade das uniões que envolvem pessoas de mesmo sexo, principalmente a partir do reconhecimento por parte do STF da união homoafetiva como “entidade familiar, merecedora da proteção do regime jurídico da união estável.”⁸⁷

⁸⁵ MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. Homoparentalidade: dupla maternidade/paternidade e a teoria do reconhecimento. *In*: DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 299.

⁸⁶ HANS, Kelsen. **A teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. (Coord.). 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 283.

3. PRINCIPIOLOGIA DA FILIAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Os princípios constituem elementos fundamentais para o direito de família, bem como para todo o nosso ordenamento jurídico. O sistema legal brasileiro é composto, além dos princípios, pelas regras. Antes de adentrar nos princípios que norteiam a filiação, é importante ressaltar a distinção entre ambos, para melhor compreender as formas de utilização de cada um.

Para Giselda Novaes Hironaka, as regras indicam “suporte fático hipotético (ou hipótese de incidência) mais determinado e fechado, cuja concretização na realidade da vida leva à sua incidência, confirmando-a o intérprete mediante o meio tradicional da subsunção [...]”⁸⁸ Dessa forma, pode-se dizer que a regra é mais específica e está condicionada a uma tipificação legal.

Já o princípio é mais abrangente, devido ao seu caráter valorativo está em constante transformação, isto ocorre para que o ordenamento jurídico possa acompanhar as modificações socioculturais sofridas pela sociedade ao longo dos anos. Daí a possibilidade do surgimento de um novo princípio ou a perda de sua vigência decorrente das mudanças de paradigmas sociais. Assim, os princípios têm força normativa, determinando a melhor direção a ser adotada. Segundo Paulo Lôbo:

Um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava.⁸⁹

Assim, percebe-se que após a Constituição de 1988 os princípios vêm conquistando cada vez mais espaço no âmbito jurídico. “Eles representam um norte para o intérprete que busca o sentido e o alcance das normas e formam o núcleo basilar do ordenamento jurídico.”⁹⁰ Nesse sentido, Paulo Lôbo⁹¹ esclarece que os princípios permitem ao magistrado optar por mais de uma solução (ao contrário do que ocorre com as regras) para a resolução de conflitos.

⁸⁸ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

⁸⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57.

⁹⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1988. p. 182-183.

⁹¹ *Ibidem*.

Para Robert Alexy⁹² a diferença entre princípios e regras é que os princípios constituem normas que determinam que algo seja feito na medida mais próxima possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas que existem. Já as regras consistem em normas que são “sempre satisfeitas ou não satisfeitas”, não podendo ser feito nada de diferente do que a regra exige.

No direito de família há alguns princípios imprescindíveis que norteiam as entidades familiares. “É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como valores sociais fundamentais, e não podem se distanciar da atual concepção da família [...]”⁹³

De acordo com Maria Berenice Dias⁹⁴ não há uma hierarquia entre os princípios, além disso, a quantificação e nomeação de todos os princípios é algo de difícil aferição, daí a variedade de princípios encontrados no direito de família e a falta de consenso quanto ao número exato de princípios por parte dos estudiosos da área.

Pablo Stolze e Pamplona Filho⁹⁵, por exemplo, classificam os princípios de direito de família em especiais e gerais, enquanto estes são os “*aplicáveis* ao Direito de Família”, aqueles são os “*peculiares* ao Direito de Família”.⁹⁶ Já Paulo Lôbo classifica os princípios que regem o direito de família em fundamentais (princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade) e gerais (princípios como: igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança).

Conforme Maria Berenice Dias⁹⁷ os princípios estão divididos em constitucionais e gerais de direito. Estes não podem ser confundidos entre si, pois os constitucionais vêm em primeiro lugar e servem como base para qualquer leitura interpretativa do direito, enquanto que os gerais são preceitos que foram extraídos implicitamente da legislação.

⁹² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros editores, 2008, p. 90-91.

⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. De acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 64.

⁹⁴ Ibidem, idem.

⁹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. Vol.6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75.

⁹⁶ De acordo com Gagliano e Pamplona Filho os princípios gerais são o da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação ao retrocesso. Quanto aos especiais, os mencionados autores destacaram, entre outros, os seguintes princípios: afetividade, solidariedade familiar, função social da família, plena proteção à criança e ao adolescente, convivência familiar, intervenção mínima do Estado.

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. De acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 62.

Para fins didáticos, pela extensão do tema, o presente estudo abordará apenas os princípios mais utilizados no direito de família, por alguns dos doutrinadores mais importantes dessa temática, com ênfase na filiação, tais como: da Dignidade da Pessoa Humana, da Igualdade, da Solidariedade Familiar, Princípio Geral do Cuidado, da Afetividade, do Melhor Interesse do Menor e da Convivência Familiar.

3.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Alicerçado pela Constituição Federal⁹⁸, o **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana** garante a todos os indivíduos, enquanto integrantes de uma entidade familiar viverem dignamente e serem respeitados. Este é o princípio no qual está fundamentado todo o contexto legislativo brasileiro, “é o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito.”⁹⁹ Para Rodrigo da Cunha, esse é “o mais universal de todos os princípios, é um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais.”¹⁰⁰

Dessa forma, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana permeia todo o direito de família. Segundo Gustavo Tepedino¹⁰¹, a Constituição de 1988 além de ter dispensado especial proteção à entidade familiar, priorizou principalmente a dignidade de cada um de seus membros, tratando-os como indivíduos únicos e especiais, respeitando cada um conforme a posição que ocupa dentro da família.

Para Maria Berenice Dias “a dignidade da pessoa humana encontra na família solo apropriado para florescer”¹⁰², nesse mesmo sentido coaduna Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰³, quando afirma que esse princípio determina a igualdade da dignidade para todos os tipos de entidades familiares. Dessa maneira, não é permitido dar tratamento

⁹⁸ Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 de abr. de 2016.

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. De acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.65.

¹⁰⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Belo Horizonte: Del rey, 2006, p.68.

¹⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In: A nova família: problemas e perspectivas*. Vicente Barreto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. De acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 66.

¹⁰³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Belo Horizonte: Del rey, 2006, p.72.

diferenciado às várias formas de filiação (filhos havidos ou não fora do casamento e adotivos) ou aos diversos modelos de constituição de família.

3.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Nesse princípio é buscada a valorização da igualdade, não apenas entre o homem e a mulher, mas também entre os filhos. “A consagração do Princípio da Igualdade, em nível constitucional, representou um avanço inegável do Direito Brasileiro.”¹⁰⁴ Como aduz José Afonso da Silva:

O sexo feminino sempre esteve inferiorizado na ordem jurídica, e só recentemente vem ele, a duras penas, conquistando posição partidária, na vida social e jurídica do homem. A Constituição, como vimos, deu largo passo na superação do tratamento desigual fundado no sexo, ao equiparar direitos e obrigações de homens e mulheres.¹⁰⁵

Nesse sentido, o Texto Constitucional deu um importante passo para tentar acabar com as desigualdades de gênero sempre tão presentes no nosso contexto social. Como esclarece Lôbo, a Constituição corrigiu as três principais situações em que a disparidade de direitos estava bastante evidenciada, tais como a desigualdade entre os cônjuges, os filhos e as entidades familiares. Assim, pela redação da Lei Maior pode-se concluir que no tocante ao princípio da igualdade:

O simples enunciado do § 5º do art. 226 traduz intensidade revolucionária em se tratando dos direitos e deveres dos cônjuges, significando o fim definitivo do poder marital [...]. O § 6º do art. 227, por sua vez, introduziu a máxima igualdade entre os filhos, “havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção”, pondo cobro às discriminações e desigualdade de direitos, muito comuns na trajetória do direito de família brasileiro. O caput do art. 226 tutela e protege a família, sem restringi-la a qualquer espécie ou tipo, como fizeram as Constituições brasileiras anteriores em relação à exclusividade do casamento.¹⁰⁶

Conforme exposto, o princípio da igualdade trouxe uma maior isonomia para os diferentes setores que fazem parte do direito de família, a saber: cônjuges, filhos e heterogeneidade de entidades familiares. No tocante à filiação, o maior avanço trazido por este princípio pode ser encontrado de forma expressa nos arts. 227, § 6º, da

¹⁰⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 79.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 226-227.

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 66.

Constituição Federal, e 1.596, do Código Civil de 2002. Ambos estabelecem a igualdade entre os filhos, havidos ou não da relação do matrimônio, ou por adoção. Conforme tais dispositivos legais, os filhos, independente de sua origem terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

O princípio da solidariedade familiar está disposto no art. 3º, I, da Constituição Federal¹⁰⁷ e diferentemente do que muitos possam pensar, apesar desse princípio ter se originado dos vínculos afetivos¹⁰⁸, ele não se resume apenas à “afetividade necessária que une os membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social, aplicada à relação familiar.”¹⁰⁹

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹¹⁰ explicam que a solidariedade implica alguns cuidados como a prestação de alimentos, de assistência material e moral recíproca, entre todos os membros da família com observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3.4 PRINCÍPIO GERAL DO CUIDADO

Conforme Jussara Maria Leal de Meirelles, o cuidado está presente, direta ou indiretamente, em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Atualmente os tribunais, principalmente nas questões que envolvem o direito de família estão utilizando o cuidado em suas decisões, ao mesmo tempo em que estabelece sanções para os casos de descumprimento. Dessa forma, conforme a autora:

¹⁰⁷ A Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º preceitua: constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 de abr. de 2016.

¹⁰⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. De acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

¹⁰⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. Vol. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 95.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 95.

Na seara jurídica, antes visto apenas no sentido objetivo de atenção e cautela, o cuidado vem encontrando espaço adequado na esfera da família, porquanto é o espaço prevalente para o exercício do afeto, da proteção e da solidariedade, e passa a ser traduzido em direitos e deveres.¹¹¹

Nesse mesmo sentido, Nádia de Araújo¹¹² concorda que o princípio geral do cuidado é investido de valor jurídico e compreende diversos aspectos do direito de família. Na legislação brasileira, o princípio geral do cuidado pode ser encontrado em diversos dispositivos legais a exemplo da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O art. 229, do Texto Constitucional endossa os deveres que os pais têm para com os seus filhos, tais como assistir, criar e educá-los enquanto menores de idade, assim como os filhos possuem a obrigação de ajudar e amparar os pais com idade avançada, bem como em caso de doença ou carência. A Lei nº 8.069, de 1990 também trouxe em seu art. 22 o dever de sustento, guarda e educação que os pais têm em relação aos filhos menores.

3.5 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, ainda que o princípio da afetividade não esteja expressamente disposto na Constituição Federal, pode ser considerado um princípio jurídico, à medida que sua acepção é fundamentada a partir de uma interpretação sistemática do Texto Constitucional. Isso fica evidente no que diz respeito à formação de relações familiares afetuosas, independentemente dos laços sanguíneos e patrimoniais, pois:

Ao enfatizar o afeto, a família passou a ser uma entidade plural, calcada na dignidade da pessoa humana, embora seja, *ab initio*, decorrente de um laço natural marcado pela necessidade dos filhos de ficarem ligados aos pais até adquirirem sua independência e não por coerção de vontade, como no passado.¹¹³

¹¹¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O valor jurídico do cuidado: família, vida humana e transindividualidade. Escola de Educação e humanidades – PUCPR. In: **Jornada interdisciplinar de pesquisa em teologia e humanidades – JOINTH**.

¹¹² ARAÚJO, Nádia de. O cuidado como valor jurídico e a cobrança de alimentos no plano internacional. In: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O Cuidado como Valor Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35.

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. V. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 58.

O afeto constitui o elo entre os membros de uma família, que permanece unida não mais pela obrigação, mas pelos vínculos da afetividade. Para Flávio Tartuce¹¹⁴, a afetividade trouxe modificações profundas na maneira de pensar a família brasileira, com isso percebem-se três importantes consequências para o direito de família nos últimos anos, a saber: a afetividade colaborou para a legitimação da união homoafetiva no âmbito jurídico; trouxe a possibilidade de reparação por danos decorrentes do abandono afetivo e; o reconhecimento do vínculo da parentalidade socioafetiva como recente forma de parentesco admitido.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹¹⁵, a aplicação do princípio da afetividade no que diz respeito à guarda dos filhos contribuiu para promover a evolução legislativa, pois, foi devido a este princípio que a culpa pelo fim do matrimônio foi substituída pela afetividade, e o interesse dos filhos foi colocado como prioridade.

3.6 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Este princípio defende que o Estado, a sociedade e a família devem tratar os interesses da criança e do adolescente com prioridade. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança trouxe um avanço quanto aos interesses tutelados pela família. Ao contrário do *pátrio poder* – que orbitava em favor do pai, o *poder familiar* intensificou a preocupação com a defesa dos interesses do filho. Antes, as separações dos pais colocavam em segundo plano o interesse dos filhos, atualmente todas as decisões são tomadas levando em consideração o maior benefício da prole.¹¹⁶ Conforme o art. 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou

¹¹⁴ TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>> Acesso em: 05 de abr. de 2016.

¹¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. Vol. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009, p. 18.

órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.¹¹⁷

Desse modo, é garantida a prioridade do interesse da criança nos diferentes órgãos das esferas tanto pública quanto privada, com vistas a garantir a primazia dos direitos do menor. Maria Helena Diniz preconiza que o princípio do superior interesse da criança e do adolescente “permite o integral desenvolvimento de sua personalidade e é diretriz solucionadora de questões conflitivas advindas da separação judicial ou divórcio dos genitores, relativas à guarda, ao direito de visita etc.”¹¹⁸ Nessas situações, em que há o litígio entre as partes, este princípio é largamente utilizado para garantir o interesse e o bem estar da criança e do adolescente.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente também está tutelado no art. 227, da Constituição Federal e estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado garantir ao menor direitos fundamentais como a vida, a saúde, a alimentação, a educação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar e comunitária. Esse artigo também dispõe quanto à proteção desse menor no que concerne à negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

3.7 PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

A convivência familiar é um dos mais importantes direitos da família. Alguns doutrinadores tais como Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e Paulo Lôbo consideram que, por princípio, pais e filhos devem permanecer juntos.¹¹⁹

Para Paulo Lôbo, a convivência familiar consiste na relação afetiva duradoura que existe entre as pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no mesmo ambiente. Segundo o autor, o ambiente comum pode ser entendido como o lar, a casa, o local em que os membros da família vivem e interagem,

¹¹⁷BRASIL. Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Consultado em: 02 de mar. de 2016.

¹¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 37.

¹¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. Vol. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.104.

“o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças”.¹²⁰

De acordo com o art. 9.1, da Convenção dos Direitos da Criança¹²¹, cabe aos Estados zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade destes, salvo para garantir o melhor interesse da criança. Outra importante garantia que esse dispositivo trouxe, no art. 9.3, diz respeito ao direito que a criança possui de manter regularmente relações pessoais e contato constante com ambos os genitores, a menos que isso afronte os interesses da criança.

Vale ressaltar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990 também traz expresso em seu texto, entre outras garantias o direito que a criança tem de se manter no seu contexto familiar e comunitário, daí o art. 19 que assegura o direito que a criança ou o adolescente possui de ser “criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.”¹²²

Ao longo do seu texto, o ECA privilegia que a “manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência.”¹²³ Nesse diapasão, a legislação brasileira assegura que nem mesmo a ausência de recurso financeiros ou a privação da liberdade por qualquer dos genitores será motivo suficiente para privar a criança do convívio familiar. Esses direitos estão garantidos nos arts. 23 e 19, § 4º, da Lei nº 8.069, de 1990, respectivamente.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹²⁴, o Projeto de Lei nº 2.285, de 2007, prevê em seu art. 98, que os filhos não podiam ser privados da convivência familiar com ambos os genitores, mesmo quando estes formarem nova entidade familiar. Conforme Paulo Lôbo¹²⁵, mesmo quando há a separação do casal, os filhos oriundos de tal relação, possuem o direito de conviver com cada um dos pais,

¹²⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.74-75.

¹²¹ Convenção Internacional dos direitos da criança. Acesso em: 06 de abr. de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 06 de abr. de 2016.

¹²² Redação do art. 19, alterada pela Lei nº 13.257, de 2016. BRASIL, Lei nº 13.257. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm>. Acesso em: 06 de abr. de 2016.

¹²³ Art. 19, § 3º, da Lei nº 8.669/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 06 de abr. de 2016.

¹²⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. Vol. 6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹²⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

sendo vedado aquele que tem a guarda do menor de impedir, injustificadamente, que o outro genitor tenha acesso ao filho.

Ainda de acordo com Lôbo¹²⁶, percebe-se que o direito à convivência familiar não se limita ao núcleo da família, constituído somente pelos pais e filhos. Corroborando com essa posição, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹²⁷ defendem que essa convivência familiar deve alcançar outros componentes da família, como por exemplo, os tios, avós, irmãos, padrastos, madrastas e quaisquer outros com que a criança e o adolescente possuam vínculo de afetividade.

Assim, conforme evidenciado no decorrer do estudo, o interesse que será sempre priorizado é o da criança e do adolescente, independentemente da vontade dos pais. Vê-se, então, que esse princípio coaduna com outros princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, da afetividade, do melhor interesse da criança, da solidariedade e do cuidado.

Destarte, pode-se dizer que os princípios da filiação não estão quantificados de uma forma taxativa, os que foram abordados nesse trabalho são os considerados mais utilizados pelos doutrinadores da atualidade. Alguns estão expressos na legislação vigente, outros implicitamente entendidos, porém, todos usufruem de igual reconhecimento pelo presente ordenamento jurídico.

¹²⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 75.

¹²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. Vol.6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 105.

4 TIPOLOGIA DA GUARDA NO BRASIL: ASPECTOS HISTÓRICOS E REVERBERAÇÃO SOB A ÉGIDE DO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO

O instituto da guarda, no atual ordenamento jurídico, encontra-se disciplinado na Constituição Federal, no Código Civil de 2002, no Estatuto da Criança e do Adolescente, além de leis específicas, como por exemplo, a Lei nº 11.698, de 2008 e a Lei nº 13.058, de 2014.

Com o advento da Constituição de 1988 houve a substituição do *pátrio poder* pelo *poder familiar*, se anteriormente cabia exclusivamente ao homem o encargo de chefe de família, agora ambos os cônjuges dividem tanto direitos, quanto deveres. Esse entendimento foi expresso no § 5º, do art. 226, da Constituição Federal, que garante que os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal sejam desempenhados de forma igual pelo homem e pela mulher.

O mesmo dispositivo estabelece que compete aos responsáveis, enquanto pertencentes à mesma entidade familiar, a obrigação de prover condições básicas ao pleno desenvolvimento da criança, tais como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, entre outros. A prestação desses direitos não se extingue após a dissolução da união. Maria Berenice Dias enfatiza que:

O relacionamento dos pais, nada interfere no poder familiar com relação aos filhos (CC 1.632). Persiste o dever de ambos de promoverem o sustento da prole. [...] Todas as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo quando do divórcio, o que não modifica os direitos e deveres em relação aos filhos.¹²⁸

Nesse sentido, Fabíola Santos Albuquerque¹²⁹ reforça que a titularidade e o exercício do poder familiar se dividem igualmente entre os pais. Na vigência do casamento, ou na constância da união estável, ambos são legitimados para exercer o poder familiar. Dessa forma, a responsabilidade é desempenhada por ambos os pais, visto que decorre da paternidade e da filiação e não do matrimônio ou da união estável.

¹²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 438.

¹²⁹ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 de CC/2002. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 169.

Assim, a união da família não se confunde com o convívio do casal, são laços que se perpetuam independentemente da relação dos genitores.

4.1 CONCEITO DE GUARDA E ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O conceito de guarda está popularmente relacionado ao ato de guardar, vigiar, proteger, cuidar, e pôr guardião aquele que tem o dever de zelar pela segurança de algo ou alguém, proporcionando esteio, sustento, suporte e abrigo. Juridicamente, o conceito de guarda também está ligado ao ato de cuidar, preservar e é utilizado mais frequentemente em relação à custódia dos filhos menores de idade.

O Código Civil de 2002 dispensou um capítulo exclusivamente à proteção dos filhos. No âmbito jurídico a ideia de guarda dos filhos está intrinsecamente ligada ao conceito de poder familiar. Conforme Maria Berenice Dias¹³⁰, falar em guarda presume a separação dos pais. Para a autora, o instituto da guarda dos filhos, vem sempre após o fim do relacionamento dos pais. Dias defende que o término da relação dos genitores não pode provocar o rompimento dos direitos parentais. Destarte, percebe-se que, mesmo após o fim do relacionamento, os laços familiares que unem pais e filhos prevalecem, bem como a subsistência dos direitos e deveres estabelecidos por lei daqueles para com estes.

A partir do art. 1.583 até o art. 1.590, do Código Civil estão disciplinados os dispositivos que tratam especificamente sobre a guarda dos filhos, nos casos de divórcio ou término da união estável. Uma das maiores novidades trazidas pelo Código de 2002 em relação ao Código de 1916 foi a retirada da culpa como fator determinante para o estabelecimento da guarda dos filhos. Como reforça Carlos Roberto Gonçalves, essa “inovação rompeu com o sistema que vincula a guarda dos filhos menores à culpa dos cônjuges”.¹³¹

¹³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.451.

¹³¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 291.

No Código de 1916¹³² estava determinado que em caso de dissolução amigável do matrimônio cabia aos cônjuges decidirem sobre a guarda dos filhos, já em relação à dissolução judicial estava disciplinado que a guarda da prole seria dada ao cônjuge inocente. Se ambos fossem culpados, a mãe podia conservar a tutela das filhas e dos filhos até seis anos de idade. Estes, após completarem seis anos seriam entregues ao pai.

Com a promulgação do Código Civil de 2002, uma vez “decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.”¹³³ De acordo com Gonçalves, “não se indaga, portanto, quem deu causa a separação e quem é o cônjuge inocente, mas qual deles revela melhores condições para exercer a guarda dos filhos menores, cujos interesses foram colocados em primeiro plano.”¹³⁴

Há de se observar que o Código Civil de 2002 dispunha apenas acerca da guarda unilateral, uma vez que o art. 1.583 estabelecia que “no caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”¹³⁵ e o art. 1.584 determinava que “decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.”¹³⁶ Apenas com a promulgação da Lei nº 11.698 de 2008 é que o conceito de guarda compartilhada foi introduzido no Código Civil e, oficialmente, no direito de família.’

De acordo com Giovane Serra Azul Guimarães, a Lei nº 11.698 de 2008 foi resultado de projetos de leis anteriores que buscavam incorporar algumas inovações no tocante ao direito de família, principalmente no que diz respeito à guarda dos filhos. De acordo com o autor:

O projeto de lei que altera o novo Código Civil prevê, como novidade, a possibilidade da guarda compartilhada, pelos pais, [...], estabelecendo que a guarda poderá ser conjunta ou compartilhada, se preservar os interesses dos

¹³² Redação extraída dos arts. 325 e 326, do Código Civil de 1916. BRASIL, **LEI Nº 3.071/2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm#art358>. Acesso em: 15 de mar. de 2016.

¹³³ Art. 1.584. BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de abr. de 2016.

¹³⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 291.

¹³⁵ BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de abr. de 2016.

¹³⁶ Ibidem.

filhos. Pela guarda compartilhada, ambos os pais participam da convivência, da educação e dos demais deveres inerentes ao poder familiar. Outra importante inovação [...] é a que [...] aos avós e outros parentes, inclusive afins, também é assegurado o direito de visitar o menor, com vistas à preservação dos laços de afetividade, podendo as regras de visitação ser modificadas pelo juiz, havendo justo motivo, em respeito ao princípio da prevalência dos interesses dos filhos.¹³⁷

Dessa forma, em 2008 foi inserida no Código de 2002 a concepção de guarda compartilhada que priorizava a convivência dos filhos com ambos os genitores, bem como a divisão das responsabilidades e do dever de cuidar tanto pelo pai quanto pela mãe, de forma igualitária. Nesse contexto o que é levado em consideração é o melhor interesse dos filhos. Ainda no mesmo dispositivo legal, com a nova redação dada pela Lei nº 12.398, de 2011, foi estendido aos avós o direito de visita, sempre com vistas à garantia do interesse da criança e do adolescente.

Constata-se, dessa forma, que o interesse que irá prevalecer é o do filho, que deverá ter os seus direitos e garantias fundamentais resguardados, bem como o direito à convivência familiar e a forma de resolução do conflito entre os pais de maneira que garanta o melhor interesse da criança e do adolescente.

4.2 CLASSIFICAÇÃO DA GUARDA E EXAME CRÍTICO DOS SEUS EFEITOS

Como já abordado, a guarda consiste num “instituto derivado da própria autoridade parental exercida pelos pais”¹³⁸, no dever que estes possuem de cuidar, educar, zelar e fornecer meios adequados para a manutenção dos filhos. Nas palavras de Orlando Gomes, a guarda dos filhos:

É direito condicionado ao interesse dos mesmos. Em regra, decorre da lei. Excepcionalmente, decorre da decisão judicial, do acordo ou do fato. Da lei, como consequência normal do [...] poder familiar e da tutela. A guarda, oriunda de qualquer das causas enunciadas, subsiste como direito da pessoa que a exerce, condicionado – sempre bom repetir – ao interesse da criança. Interesse sentimental, moral e material, na hierarquia dos valores, estudada mais adiante.¹³⁹

¹³⁷ GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, tutela e guarda**: conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil. 3. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005, p. 15.

¹³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. Vol.6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 605.

¹³⁹ GOMES, Orlando; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito de família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 13.

Como se observa, o interesse da criança é fator imprescindível para a definição da guarda, visto que esta deve ter assegurado o amparo material, físico, moral, sentimental e psicológico. Como bem observa Guilherme Gonçalves Strenger¹⁴⁰, a questão da guarda decorre do rompimento da relação conjugal dos pais, que na constância do casamento possuem a guarda comum dos filhos, expressada pela autoridade, proveniente do poder familiar. Juntamente com a separação se dá a divisão da guarda. Contudo, isso não significa a perda da titularidade do poder familiar dos pais, pois tal rompimento não se reflete nos vínculos jurídicos e naturais que existem entre os filhos com qualquer de seus pais.

Embora no Brasil a doutrina estabeleça também a guarda alternada, a legislação infraconstitucional prevê apenas dois tipos de guardas referentes ao direito de família, no tocante à tutela dos filhos, quais sejam: a unilateral e a compartilhada (arts. 1.583 e 1.584, CC/2002). A seguir será abordado mais detalhadamente acerca de cada uma delas.

4.2.1 Guarda unilateral

A guarda unilateral também é conhecida como exclusiva e o seu conceito está disciplinado no art. 1.583, § 1º, do Código Civil de 2002, ela “compreende a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”.¹⁴¹ Nesse tipo de guarda um dos cônjuges a mantém, enquanto que ao outro resta o direito de visitação em horários previamente acordados.

No Código anterior, conforme leciona Paulo Lôbo¹⁴², a guarda unilateral era consequência de uma estrutura organizacional que priorizava os interesses dos pais em situação de conflito, dando especial atenção à culpa enquanto elemento propulsor da separação. Já no atual Código, esse contexto foi superado. A guarda exclusiva passou a ser ofertada para aquele que demonstrasse ter melhores condições de promover o pleno desenvolvimento material e emocional do filho. Essa nova conjuntura coaduna com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Apesar da retirada da culpa

¹⁴⁰ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 47-48.

¹⁴¹ Art. 1.583, § 1º, Código Civil de 2002. BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de abr. de 2016.

¹⁴² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 192.

como componente fundamental para determinação da guarda unilateral, essa modalidade ainda:

Apresenta o inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores. Por essa razão, a supramencionada Lei n. 11.698/2008 procura incentivar a guarda compartilhada, que pode ser requerida por qualquer dos genitores, ou por ambos, mediante consenso, bem como decretada de ofício pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho.¹⁴³

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, no tocante à fixação da guarda ao cônjuge com maiores oportunidades de suprir as necessidades da criança, será assim o considerado aquele que indicar maior capacidade de fornecer ao filho fatores essenciais como, por exemplo, o afeto, a saúde, a segurança e a educação. Fica “afastada, assim, qualquer interpretação no sentido de que teria melhor condição o genitor com mais recursos financeiros.”¹⁴⁴

Outro aspecto polêmico que envolve a guarda unilateral no cenário brasileiro diz respeito à visão deturpada que “a guarda é atributo de poder, ao detentor, de dirigir a vida dos filhos, com exclusividade. [...] Isso porque se confunde guarda e poder familiar.”¹⁴⁵ Essa postura causa uma situação de conflito entre os genitores que prejudica diretamente o bem estar da criança e, conseqüentemente, o seu pleno desenvolvimento.

A guarda unilateral possui algumas desvantagens tanto para os genitores, quanto para os filhos. Muitas vezes as pessoas não superam completamente a dissolução da relação conjugal ou da união estável e confundem o rompimento dos vínculos afetivos dos cônjuges com os laços entre os pais e parentes do outro. Com isso, surge um ambiente favorável à prática de atos que objetivam atingir o ex-companheiro.¹⁴⁶ Outro ponto negativo referente a este tipo de guarda diz respeito ao afastamento do filho em relação ao genitor não detentor da guarda.

Historicamente, a guarda unilateral era ofertada à mulher. Conforme Maria Berenice “os filhos sempre estiveram sob os cuidados da mãe, pelo absoluto despreparo dos homens em desempenhar as funções de maternagem. [...] Quando da separação, os

¹⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 293.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 294.

¹⁴⁵ VIEIRA, Cláudia Stein. Reflexões quanto à guarda compartilhada. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009, p. 133.

¹⁴⁶ *Ibidem*, *Idem*.

filhos só podiam ficar com a mãe.”¹⁴⁷ Nessa situação, Claudete de Carvalho Canezin esclarece que:

A guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia – isso porque é previamente marcado, e o guardião normalmente impõe regras.¹⁴⁸

Fica evidenciado que, em muitas ocasiões os laços de afeto, não só com o genitor que não possui a guarda, mas também com a família deste são restringidos a determinados horários e dias, é o comumente denominado *amor com hora marcada*.

Para Paulo Lôbo:

A lei, acertadamente, privilegia a preservação da convivência do filho com seu “grupo familiar”, que deve ser entendido como o conjunto de pessoas que ele concebe como sua família, constituído de parentes ou não. O juiz não mais pode escolher entre o pai ou a mãe, apenas. Deve preferir quem, por temperamento e conduta, possa melhor assegurar a permanência de convivência do filho com seus familiares paternos e maternos. A experiência demonstra que, muitas vezes, quem fica com a guarda estende sua rejeição não apenas ao outro, mas aos parentes deste, impedindo ou dificultando o contato do filho com eles, convertendo-se em verdadeira alienação parental de todo o grupo familiar.¹⁴⁹

Nesse contexto, no qual o genitor detentor da guarda se auto intitula como dono do filho, pode ocorrer a chamada Síndrome da Alienação Parental (SAP)¹⁵⁰, que, em linhas gerais, consiste em uma campanha promovida pelo genitor guardião cujo objetivo primordial é denegrir a imagem que o filho possui do outro genitor. Esse comportamento leva a criança a construir uma imagem deturpada do outro genitor, chegando, muitas vezes, a romper com os vínculos afetivos com aquele que não detém a guarda.

Essa conduta, acima explicitada, não foi a desejada pelo legislador ao instituir a guarda unilateral. O Código de 2002 em seu texto original previa que o pai ou a mãe

¹⁴⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 450.

¹⁴⁸ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. *In: Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 28, p. 5, fev.-mar. 2005.

¹⁴⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 193.

¹⁵⁰ Conceito da síndrome de alienação parental (SAP) conforme o psiquiatra Richard A. Gardner: é uma disfunção que surge primeiro no contexto das disputas de guarda. Sua primeira manifestação é a campanha que se faz para denegrir um dos pais, uma campanha sem nenhuma justificativa. É resultante da combinação de doutrinações programadas de um dos pais (lavagem cerebral) e as próprias contribuições da criança para a vilificação do pai alvo. GARDNER, R.A. **The Parental Alienation Syndrome** (A Síndrome de Alienação Parental). Disponível em: <<http://www.rgardner.com>>. Acesso em: 16 de abr.de 2016.

que não detinha a guarda dos filhos possuía o direito de visitá-los e tê-los em sua companhia, conforme o acordado com o outro cônjuge, além disso, tinha o dever de fiscalizar a manutenção e a educação dos filhos.

Há de se perceber que desde 2008 esse tipo de guarda vem sendo muito questionado juridicamente. O legislador, visando o melhor interesse da criança e a convivência com ambos os pais, acrescentou a modalidade da guarda compartilhada como uma melhor alternativa nas disputas que envolvem a guarda dos filhos. Deve-se observar que até o ano de 2014, embora a guarda compartilhada fosse a mais recomendada pela legislação, como preceitua o Código Civil, no art. 1.584, o que era mais aceita nos tribunais era a preferência, por parte dos magistrados, da aplicação da guarda unilateral, nas questões relativas à guarda de filhos.

4.2.2 Guarda alternada

A guarda alternada não está disciplinada na legislação brasileira, de acordo com Fernando Gontijo¹⁵¹, ela consiste em uma invenção doutrinária e jurisprudencial, posto que não há previsão legal deste instituto na legislação infraconstitucional brasileira, que dispõe apenas acerca das guardas unilateral e compartilhada. Para Guilherme Gonçalves Strenger, na guarda alternada, cada um dos pais:

Terá alternadamente, segundo um ritmo definido por eles e adotado pelo juiz, a guarda da criação, e por essa via os diferentes atributos aí vinculados, como educação, administração legal e posse legal. [...] Enquanto um detenha a guarda, o outro se beneficiará do direito de visita, de coabitação e de fiscalização. No fim de cada período, os papéis são invertidos.”¹⁵²

Neste modelo de guarda, os pais se alternam na convivência com os filhos. Ocorre que na própria doutrina não há um entendimento pacífico quanto a este modelo de guarda. Há de ressaltar que os autores não convergem no que diz respeito ao modo como seria aplicada a alternância dessa guarda.

Como foi visto há um entendimento de que a alternância ocorreria de maneira que cada genitor detivesse a guarda por um determinado tempo, unilateralmente. Assim

¹⁵¹ GONTIJO, Fernando. **Guarda dos filhos**: alternada, compartilhada ou unilateral? Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/guarda-dos-filhos-%E2%80%93-alternada-compartilhada-ou-unilateral/>>. Acesso em: 16 de abr. de 2016.

¹⁵² STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 65-66.

o filho se deslocaria da casa de um para a residência do outro de acordo com o que seria previamente acordado em juízo.

Constata-se, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, que o modelo de guarda alternada traz desvantagens aos filhos quanto ao estabelecimento de uma rotina. Nesse sentido, Gontijo explica que:

Não é aconselhável a guarda alternada, pois a criança não tem rotina e este também é o entendimento dos Tribunais, posto que é prejudicial à saúde e higidez psíquica da criança, tornando confusos certos referenciais importantes na fase inicial de sua formação, como, por exemplo, reconhecer o lugar onde mora, identificar seus objetos pessoais e interagir mais constantemente com pessoas e locais que representam seu universo diário (vizinhos, amigos, locais de diversão etc.).¹⁵³

Como visto, caso fosse amplamente adotada a guarda alternada, isso traria grandes prejuízos de ordem psicológica e sócioafetiva para o filho, posto que essa criança sofreria por falta de uma sólida referência. Para atenuar essas mudanças no cotidiano da criança, surge uma outra modalidade oriunda desse tipo de guarda. A chamada guarda aninhada. Daí,

A possibilidade de que as crianças continuem morando sempre na mesma casa e com as mesmas rotinas. Neste caso são os pais que se mudam por períodos alternados, só que é uma modalidade cara, pois necessitam de três residências, uma para mãe, outra para o pai e outra para que os filhos recebam, alternadamente, cada um de seus pais.¹⁵⁴

Nesse contexto, a criança permanece em uma residência fixa e são os pais, alternadamente que se mudam para a moradia do filho para desfrutar de sua companhia. Esse tipo de guarda alternada também é conhecido como aninhamento. Mesmo com essa solução apresentada à guarda alternada, a sua aplicabilidade se torna inviável devido ao seu alto custo financeiro demandado, além de continuar não proporcionando uma rotina fixa à criança. De acordo com Samara Rodriguez¹⁵⁵, essa modalidade visa a

¹⁵³ GONTIJO, Fernando. **Guarda dos filhos**: alternada, compartilhada ou unilateral? Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/guarda-dos-filhos-%E2%80%93-alternada-compartilhada-ou-unilateral/>>. Acesso em: 16 de abr. de 2016.

¹⁵⁴ VELLY, Ana Maria Frota. **Guarda Compartilhada**: Uma Nova Realidade para Pais e Filhos. Disponível em: <<http://www.ibdfam2011.eventize.com.br/index.php?pagina=6>>. Acesso em: 16 de abr. de 2016.

¹⁵⁵ RODRIGUES, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada**. Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada>>. Acesso em: 16 de abr. de 2016.

diminuição da ansiedade da criança, porém o gasto financeiro tornaria sua aplicação impraticável para a maioria da população brasileira. Esse modelo, devido à sua ineficácia é comumente negado na jurisprudência, tal como os exemplos a seguir:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. **GUARDA ALTERNADA.** Diferente do que postula o agravante, o pedido não apresenta natureza de "guarda compartilhada", mas sim, de aumento da "convivência paterna", em um típico molde de "guarda alternada", ficando o filho 15 dias com a mãe e 15 dias com o pai. Caso em que a decisão vergastada, que já deferiu o alargamento da convivência paterna, em sede liminar, deve ser mantida. Eventual pedido de convivência **alternada** que somente pode ser deferido após o aprofundamento da cognição. NEGARAM PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70065602484, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 20/08/2015).¹⁵⁶

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. **GUARDA ALTERNADA.** DESCABIMENTO. Se restritivas são as hipóteses em que a **guarda** compartilhada propriamente dita é viável e adequada, muito mais limitado é o cabimento da **guarda alternada**, modalidade que, em verdade, foi aplicada pela decisão agravada. Isso em razão da evidente instabilidade que acarreta ao equilíbrio psicológico da criança, que fica submetida a um verdadeiro "cabo de guerra" entre seus genitores, o que muito mais se exacerba quando há acirrado conflito entre eles, como no caso. Por fim, convém frisar que a decisão de origem não se baseou em qualquer avaliação social ou psicológica da criança e seus pais, o que acentua a temeridade da implantação desse sistema. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70067405993, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/02/2016).¹⁵⁷

Ementa: CIVIL. Apelação cível. Ação de regulamentação de visitas de menor - Visita paterna. Sentença julgada improcedente. Irresignação. Pedido de **guarda alternada**. Inconveniência. Princípio do melhor interesse da criança - Manutenção - Desprovisionamento. - A **guarda** em que os pais alternam períodos exclusivos de poder parental sobre o filho, por tempo preestabelecido, mediante, inclusive, revezamento de lares, sem qualquer cooperação ou co-responsabilidade, consiste, em verdade, em **guarda alternada**, indesejável e inconveniente à luz do princípio do menor interesse da criança. V I S T O S, relatados e discutidos estes autos acima identificados, (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00717769220148152001, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES ABRAHAM LINCOLN DA C RAMOS , em 22-03-2016).¹⁵⁸

¹⁵⁶ BRASIL, TJRS . Agravado de Instrumento Nº 70065602484, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 20/08/2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=GUARDA+ALTERNADA>>. Acesso em: 19 de abr. de 2016.

¹⁵⁷ BRASIL, TJRS. Agravado de Instrumento Nº 70067405993, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/02/2016. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=GUARDA+ALTERNADA>>. Acesso em: 19 de abr. de 2016.

¹⁵⁸BRASIL, TJPB. ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00717769220148152001, 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES ABRAHAM LINCOLN DA C RAMOS, em 22-03-2016. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=GUARDA+ALTERNADA>>. Acesso em: 19 de abr. de 2016.

Como se evidencia, os pedidos da guarda alternada ainda podem ser encontrados na jurisprudência brasileira, porém, geralmente essa modalidade de guarda tem sido negada pelos magistrados. Pois esta não encontra previsão legal, uma vez que a legislação vigente prevê apenas as guardas unilateral e compartilhada, sendo notório que a guarda alternada não encontrou no cenário pátrio um ambiente adequado à cultura brasileira.

4.2.3 Guarda compartilhada

A guarda compartilhada foi introduzida no Código Civil de 2002 por força da Lei nº 11.698, de 2008 e “compreende a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.”¹⁵⁹ Como esclarece Denise Perissine da Silva¹⁶⁰, neste tipo de guarda, é permitido a um dos genitores manter a guarda física do filho, ao mesmo tempo em que ambos dividem igualmente a guarda jurídica.

Segundo estabelece Sílvio Neves Baptista¹⁶¹, a guarda compartilhada tem por base fundamentos de ordem constitucional e psicológica, com vistas a garantir principalmente o interesse da criança e do adolescente. Esse modelo de guarda surgiu por intermédio do Projeto de Lei nº 6.350, de 2002, do Deputado Tilden Santiago que, em sua justificativa, defendeu que a guarda compartilhada já se encontrava tanto na realidade social, quanto judiciária brasileira. Dessa forma, na busca pelo interesse da criança e em prol do convívio dos filhos com ambos os genitores, foi tentado introduzir a guarda compartilhada num mesmo grau de importância da guarda unilateral.¹⁶²

A partir dos Projetos de Lei nº 6.315 e nº 6.350, de 2002 começou a discussão acerca da guarda compartilhada como instituto merecedor de disposição normativa específica. Essa regulamentação foi finalmente introduzida no Código Civil por força da Lei nº 11.698, de 2008, que foi resultado das demandas que envolviam o modelo de

¹⁵⁹ Art. 1.583, do Código Civil de 2002. BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de abr. de 2016.

¹⁶⁰ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 130.

¹⁶¹ BAPTISTA, Sílvio Neves. *Guarda compartilhada*. Recife: Bagaço, 2008, p. 35.

¹⁶² SODEYAMA, Ariadne Gabriela de Almeida. **Guarda Compartilhada; alternada e unilateral, entenda a diferença**. Disponível em: <http://rosarioebaldino.jusbrasil.com.br/artigos/325026084/guarda-compartilhada-alternada-e-unilateral-entenda-a-diferenca?ref=topic_feed>. Acesso em: 19 de abr. de 2016.

guarda compartilhada no Brasil. Há de se reforçar que, antes da promulgação da lei que instituiu a guarda compartilhada, esta já era bastante utilizada nos tribunais.

É interessante notar que, embora a preocupação do legislador estivesse em garantir o melhor interesse da criança, bem como o máximo de convivência com ambos os genitores e parentes destas,¹⁶³ a lei que foi promulgada possuía como principal objetivo fazer com que o modelo de guarda compartilhada fosse o mais adotado nos tribunais. Contudo, de acordo com os critérios estabelecidos para o exercício dessa guarda, esta devia ser requerida, através de um consenso, por ambos ou qualquer um dos genitores ou por decretação do juiz, levando em consideração o interesse do filho e seu direito à convivência familiar.¹⁶⁴

Nesse sentido, o entendimento majoritário demonstrava que a adoção da guarda compartilhada só seria possível quando houvesse harmonia e convivência pacífica entre os ex-cônjuges e, em caso contrário, sua aplicação seria inviável. A seguir, alguns julgados que corroboram essa interpretação:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. **GUARDA COMPARTILHADA.** Caso em que há divergência entre as partes quanto à guarda. A **guarda compartilhada** pressupõe harmonia e convivência pacífica entre os genitores. (Agravo de Instrumento Nº 70008775827, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/08/2004).¹⁶⁵

EMENTA: REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. **GUARDA COMPARTILHADA.** A pretensão do agravante em muito se assemelha a **guarda compartilhada**, instituto admitido somente quando existe convívio harmônico entre os genitores, o que não se visualiza no caso em tela. (Agravo de Instrumento Nº 70011307444, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 01/06/2005).¹⁶⁶

EMENTA: APELAÇÃO. GUARDA DE FILHOS ATRIBUÍDA À GENITORA. ALIMENTOS. NECESSIDADES PRESUMIDAS DOS FILHOS. 1. Ao pleitear a **guarda compartilhada** o apelante reconhece que a genitora tem condições de ter os filhos sob sua guarda. 2. Havendo discordância entre os genitores, como é patente no presente caso, a pretensão de **guarda compartilhada** se afigura inviável porque contrária ao interesse das crianças. É que, para tanto, indispensável que entre os genitores haja uma

¹⁶³ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz; COSTA, Edna Maria Farah Hervey. **Teoria e prática do direito de família.** De acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Editora Letras Jurídicas: Bestbook Editora, 2003, p. 141.

¹⁶⁴ Art. 1.583, do Código Civil de 2002. BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de abr. de 2016.

¹⁶⁵ BRASIL, TJRS Agravo de Instrumento Nº 70008775827, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/08/2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6529/Guarda-compartilhada>>. Acesso em: 19 de abr. 2016.

¹⁶⁶ BRASIL, TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70011307444. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 01/06/2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6529/Guarda-compartilhada>>. Acesso em: 19 de abr. 2016.

relação madura e responsável, com foco exclusivo no papel parental e superação dos conflitos conjugais, o que, à toda evidência, não ocorre aqui. (Apelação Cível Nº 70013325063, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 21/12/2005).¹⁶⁷

Como ficou demonstrado, de acordo com a jurisprudência, a aplicação da guarda compartilhada estava vinculada ao bom relacionamento dos genitores, permanecendo impossibilitada em caso de desarmonia dos pais. Ocorre que, com a promulgação da Lei 11.698, de 2008, foi inserido no Código de 2002 o § 2º que estabelecia a aplicação da guarda compartilhada, sempre que possível, quando não houvesse acordo entre os genitores. Isso foi de encontro ao que estava sendo empregado, pois, conforme o entendimento da época ocorria justamente o contrário – a guarda compartilhada só era aplicada nas ocasiões em que os genitores mantivessem bom relacionamento. A partir daí, segundo Flávio Tartuce, a nova redação do Código de 2002:

Estabelecia o § 2º do mesmo art. 1.584 da norma material codificada que, quando não houvesse acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, seria aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. Constata-se, portanto, que essa categoria passou a ser a *prioridade*, diante da emergência da lei 11.698/08. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.¹⁶⁸

Notam-se as peculiaridades que envolvem o tema, quando não estava disciplinada na lei, a guarda compartilhada estava sendo amplamente utilizada pelos magistrados. A partir do momento em que ela passou a ser regulamentada, a jurisprudência passou a deferir justamente a guarda, que até então, era a exceção.

Além disso, é um tema que ainda suscita muitas controvérsias, posto que, antes da respectiva modalidade de guarda ser disciplinada em lei, ela era concedida nas situações em que os genitores conservavam um bom relacionamento. No entanto, quando a guarda compartilhada começou a vigorar, passou a ser recomendada, entre outros, para os casos de litígio entre os pais, o que a tornava inviável nos casos práticos, pois era justamente o contrário ao que era praticado naquela conjuntura.

Apesar da Lei nº 11.698, de 2008 dispor sobre a guarda compartilhada, enquanto instituto que devesse ser amplamente utilizado, a jurisprudência da época demonstra que

¹⁶⁷ BRASIL, Apelação Cível Nº 70013325063, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 21/12/2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6529/Guarda-compartilhada>>. Acesso em: 19 de abr. 2016.

¹⁶⁸ Art. 1.584, § 2º, do CC/2002. BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de abr. de 2016.

os magistrados ainda optavam, na maioria dos julgamentos, pela guarda unilateral. O seguinte julgado reflete o pensamento da época:

EMENTA: GUARDA. conflito entre os genitores. modificação dos parâmetros. possibilidade. Restabelecimento da guarda compartilhada. ausência dos requisitos. - havendo o reconhecimento das partes, de que estão em forte conflito, é recomendável que a guarda compartilhada informal, fixada ao tempo da separação, seja modificada, em prol do bem-estar da criança. - segundo a lei que criou a guarda compartilhada, a existência de litígio entre os genitores afasta a possibilidade de sua adoção. logo, correta a decisão que fixou os parâmetros segundo a tradição da jurisprudência para casos semelhantes. - agravo improvido. TJ-DF - Agravo de Instrumento AG 91956220088070000 DF 0009195-62.2008.807.0000 (TJ-DF).¹⁶⁹

Dessa forma, pode-se observar que a legislação infraconstitucional trouxe em seu próprio texto uma contradição que ao longo de seis anos (2002-2008) gerou muitas controvérsias, tanto na doutrina quanto na jurisprudência no que diz respeito ao direito de família, no tocante ao instituto da guarda compartilhada.

O entendimento majoritário (e contrário ao que dispunha a lei) convergia no sentido de conceder essa modalidade de guarda apenas para as ocasiões em que não ocorresse o litígio entre os pais. Muitos doutrinadores concordavam com “a inviabilidade de instituição da ‘guarda compartilhada’ em casos em que o casal não consegue separar as questões conjugais (que se referem exclusivamente ao casal) das parentais (as relações entre os pais e os filhos).”¹⁷⁰ Corroborando com essa concepção, aduz Rosângela Paiva Spagnol:

Havemos de convir, que se não houver um consenso, um fino trato, um respeito às relações humanas, entre o casal de separandos, (não importando a modalidade de opção familiar), seria uma utopia falarmos de aplicação do presente instituto, dado ao cerne que se dispõe: o melhor bem estar do menor. Pois, se os separandos não conseguem administrar a situação de conflito conjugal, sem atingir a relação filial, quando não há diálogo, quando não conseguem abolir os filhos do conflito, o sistema da guarda compartilhada tenderá ao fracasso.¹⁷¹

¹⁶⁹ BRASIL, TJDF. Agravo de Instrumento 91956220088070000 DF 0009195-62.2008.807.0000. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=IMPOSSIBILIDADE+DE+GUARDA+COMPARTILHADA&p=5>>. Acesso em: 19 de abr. 2016.

¹⁷⁰ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada**: conquistas para a família. Curitiba: Juruá, 2011, p. 131.

¹⁷¹ SPAGNOL, Rosângela de Paiva. **Filhos da mãe**: uma reflexão à guarda compartilhada. Revista Júris Síntese Millennium, nº 39. Porto Alegre: Síntese. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/389-filhos-da-mae-uma-reflexao-a-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 13 de set. de 2012.

Nota-se que o consenso legislativo estava pacificado nesse sentido, de só conceder a guarda compartilhada para os casais que preservavam bom relacionamento, compreensão esta que também encontrava respaldo no meio pedagógico e psicológico, pois, conforme a psicóloga e pedagoga Maria Helena Rizzi, “a guarda compartilhada é possível quando os genitores residem na mesma cidade, possuem uma relação de respeito e cordialidade e estão emocionalmente maduros e resolvidos na questão da separação conjugal.”¹⁷² Claudete Carvalho Canezin, representando a mesma compreensão jurídica, ressalta que:

A jurisprudência tem-se posicionado no sentido de que a guarda compartilhada somente é possível quando existe entre os genitores uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, sem disputa e nem conflito. Não havendo relação dessa forma entre os pais, melhor indicação é a guarda unilateral, porque atenderá melhor o interesse do filho, pois, em parte estará livre de uma zona de conflitos entre os pais.¹⁷³

Resta inequívoco que esse entendimento era uníssono entre os doutrinadores, magistrados e operadores do direito. A seguir, exemplo de julgado referente a esse contexto histórico que reforça essa ideia da guarda compartilhada estar diretamente relacionada à boa convivência dos ex-cônjuges:

Ementa: CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE. MENORES ADAPTADOS AO CONVÍVIO COM O PAI. FALTA DE PROVA DA MÁ CONDUTA PATERNA. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA NEGADO. DESARMONIA ENTRE OS PAIS EVIDENCIADA. ALTERNÂNCIA PREJUDICIAL ÀS CRIANÇAS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "Nas questões de guarda, os interesses do menor se sobrepõem à vontade de seus genitores" (Desembargador Mazoni Ferreira). A guarda compartilhada é medida exigente de harmonia entre os pais e de boa disposição de compartilhá-la como medida eficaz e necessária à formação do filho. À míngua de tais pressupostos, não há dúvida de que a constante alternância de ambiente familiar gerará, para a criança, indesejável instabilidade emocional.¹⁷⁴

Recentemente, os dispositivos do Código Civil que normatizam a guarda compartilhada sofreram uma nova modificação. Essa mudança ocorreu em 2014, com a promulgação da Lei nº 13.058, fruto de discussões do Projeto de Lei nº 117/2013. A Lei

¹⁷² RIZZI, Maria Helena. **Guarda compartilhada sob o prisma psicológico**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/266-guarda-compartilhada-sob-o-prisma-psicologico>>. Acesso em: 13 de set. de 2012.

¹⁷³ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. *In*: **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 28, p. 5, fev.-mar. 2005.

¹⁷⁴ BRASIL. TJSC. Apelação Cível. AC 213587 SC 2009.021358-7 (TJ-SC). Julgado em 09/09/2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Guarda+compartilhada+negada>>. Acesso em: 06 de mai. de 2016.

nº 13.058 estabeleceu o significado da guarda compartilhada e dispôs sobre sua aplicação, com isso foram alterados, entre outros, os arts. 1.583 e 1.584, do Código Civil.

A partir daí a guarda compartilhada passou a ser a mais indicada, segundo a legislação vigente, nos casos de dissolução do matrimônio ou união estável, inclusive em situações nas quais ocorrem litígios entre os genitores. Percebe-se que, mesmo durante as discussões que permeavam o Projeto de Lei nº 117/2013, alguns doutrinadores ainda defendiam a dificuldade de sua aplicabilidade, principalmente por força da beligerância entre os pais. Como aduz Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Na esmagadora maioria dos casos, quando não se afigura possível a celebração de um acordo, muito dificilmente poderá o juiz “impor” o compartilhamento da guarda, pelo simples fato de o mau relacionamento do casal, por si só, colocar em risco a integridade dos filhos. Por isso, somente em situações excepcionais, em que o juiz, a despeito da impossibilidade do acordo de guarda e custódia, verificar maturidade e respeito no tratamento recíproco dispensado pelos pais, poderá, então, mediante acompanhamento psicológico, impor a medida.¹⁷⁵

Para os respectivos autores, a guarda compartilhada só deve ser aplicada em ocasiões em que o relacionamento entre os pais for pacífico, uma vez que as constantes brigas e conflitos entre os genitores podem trazer prejuízos para a formação psicológica e emocional das crianças e dos adolescentes. Dessa forma, os mencionados doutrinadores defendem que a guarda compartilhada só deverá ser aplicada, em caso de excepcionalidade, quando os pais mesmo não entrando em consenso em relação à guarda dos filhos mantiverem uma relação de cordialidade e respeito mútuos.

Nesse sentido, Sílvio de Sávio Venosa¹⁷⁶ afirma que a guarda compartilhada estabelece, ainda que os genitores estejam separados, que estes possam compartilhar os cuidados para com os filhos. Para ele, talvez a guarda compartilhada nem sempre possa ser aplicada imediatamente quando da dissolução do relacionamento, porém, nada impede que seja aplicada logo que o casal restabeleça a serenidade.

¹⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. Vol.6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 610.

¹⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2010, pág. 185.

Já para o professor Flávio Tartuce, o “novo diploma tende a intensificar os conflitos familiares nos próximos anos, gerando ainda mais problemas.”¹⁷⁷ Segundo o doutrinador, quando o § 2º, do art. 1.583 dispôs sobre a guarda compartilhada, determinou que “o tempo de custódia física dos 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.”¹⁷⁸ Com isso, criou-se uma confusão em torno da forma de aplicação da guarda compartilhada, pois deu-se a impressão que, quando o legislador dispôs sobre o *tempo de custódia física dos filhos*, ele estava legislando acerca do tempo em que cada um dos pais devia usufruir da presença física dos filhos.

Para Tartuce¹⁷⁹, a nova redação do Código de 2002, dada pela Lei nº 13.058/2014 cometeu um equívoco ao retirar critérios determinantes como forma de requisitos para o fornecimento da guarda, tais como o afeto, a saúde, a segurança e a educação dos filhos. Com a modificação, esses critérios foram suprimidos, dando lugar à atual interpretação, a qual estabelece que 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.”¹⁸⁰ Conforme o referido autor, isso trouxe um problema quanto ao entendimento da verdadeira concepção de guarda compartilhada, o que propiciou a confusão e semelhança entre esta e a guarda alternada.

Ainda de acordo com Tartuce, essa confusão se dá devido à ideia de *custódia física dividida*, o que seria completamente prejudicial à criança e ao adolescente e vai de encontro à estabilidade física e psicológica dos filhos. Nesse contexto, a prole fica um tempo com o pai e, após, outro tempo com a mãe, daí a noção de guarda alternada. Flávio Tartuce assevera, ainda, que a partir dessa dinâmica, dois efeitos nocivos podem insurgir, como por exemplo: a dupla moradia dos filhos, com o intuito de diminuir o tempo que a criança tem com o outro cônjuge e a tentativa de redução ou extinção de

¹⁷⁷ TARTUCE, Flávio. **A Lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória** - Análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 22 de abr. de 2016.

¹⁷⁸ Art. 1.583, CC/2002. BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de abr. de 2016.

¹⁷⁹ TARTUCE, Flávio. **A Lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória** - Análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 22 de abr. de 2016.

¹⁸⁰ Art. 1.583, § 2º. BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de abr. de 2016.

contribuição alimentícia, fato que vem ocorrendo diante do Poder Judiciário com a vigência da nova redação legislativa. O doutrinador é enfático ao afirmar que:

A alternância de guarda e de lares é altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, recebendo tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna. O problema não diz respeito a gênero, mas a espaço e a convivência social. Qual será a turma de amigos do filho? Onde ele irá desempenhar as atividades complementares, esportivas e intelectuais, para a sua formação? Estudará na escola próxima a qual dos lares? Conviverá mais com os filhos dos amigos do pai ou da mãe? Como irá trabalhar psicologicamente as informações recebidas nos dois ambientes? Em grandes cidades e em situações concretas de pais que moram em municípios distintos a nova lei é praticamente inaplicável.¹⁸¹

Dessa forma, para Tartuce, esse entendimento coaduna com a guarda alternada revestida sob o disfarce de guarda compartilhada, que leva à interpretações equivocadas tal como foi disposta na lei. Para o professor e doutrinador José Fernando Simão, que atuou nas discussões do Projeto de Lei nº 117/2013, que culminou na Lei 13.058/2014:

Este dispositivo é absolutamente nefasto ao menor e ao adolescente. Preconiza ele a dupla residência do menor em contrariedade às orientações de todos os especialistas da área da psicanálise. Convívio com ambos os pais, algo saudável e necessário ao menor, não significa, como faz crer o dispositivo, que o menor passa a ter duas casas, dormindo às segundas e quartas na casa do pai e terças e quintas na casa da mãe. Essa orientação é de guarda alternada e não compartilhada. A criança sofre, nessa hipótese, o drama do duplo referencial criando desordem em sua vida. [...] **Compartilhar a guarda significa exclusivamente que a criança terá convívio mais intenso com seu pai (que normalmente fica sem a guarda unilateral) e não apenas nas visitas ocorridas a cada 15 dias nos finais de semana.** Assim, o pai deverá levar seu filho à escola durante a semana, poderá com ele almoçar ou jantar em dias específicos, poderá estar com ele em certas manhãs ou tardes para acompanhar seus deveres escolares. Note-se que há por traz da norma projetada uma grande confusão.¹⁸² (grifo nosso).

Desse modo, a crítica que se reporta a esse dispositivo diz respeito à confusão referente à interpretação da norma, que no § 2º, do art. 1.583, do Código Civil deixa margem a diversas formas de aplicação por parte dos magistrados. Destarte, conforme a verdadeira acepção de compartilhamento de guarda há de se ressaltar que o quê se

¹⁸¹ TARTUCE, Flávio. **A Lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória** - Análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 22 de abr. de 2016.

¹⁸² SIMÃO, José Fernando. **Guarda compartilhada obrigatória.** Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013. Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br/>>. Acesso em 23 de dez. de 2014.

deseja assegurar é a efetiva convivência do cônjuge não detentor da guarda com seu filho. Contudo, isso não significa que essa convivência deva ser mensurada em quantidade de tempo, mas sim em qualidade de momentos em que esse genitor possa passar com a criança. O que deve ser buscado é a efetiva participação de ambos os pais na criação dos filhos.

Não obstante a essas controvérsias, a guarda compartilhada continua a demonstrar-se como a melhor modalidade a ser utilizada. Pois é através dela que os pais vão poder participar ativamente do cuidado e criação dos filhos, de forma conjunta. Porém, há de se inferir que o dispositivo citado demonstra certa vulnerabilidade quanto à questão interpretativa. Doutrinadores, tais como Flávio Tartuce e José Fernando Simão apontam como uma possível alternativa para resolução do conflito existente na própria redação normativa a fixação da verdadeira guarda compartilhada, não quanto à forma de compartilhamento quantitativo e sim qualitativo.¹⁸³

4.3 ASPECTOS CONCEITUAIS, PSICOLÓGICOS E SOCIAIS DA GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO DE FAMÍLIA

O divórcio é um momento delicado na vida tanto do casal, quanto dos filhos. É uma situação na qual a relação dos cônjuges já está bastante desgasta, muitas vezes as crianças precisam conviver num ambiente conturbado que com os conflitos e as brigas constantes entre aqueles que até bem pouco tempo eram um exemplo de relação considerada como ideal, uma referência para esta criança.

A situação de pais se separando é mesmo complicada! Não é fácil encarar a situação de verem seus pais brigando, discutindo por causa de qualquer coisinha, reclamando da pensão, da casa, do carro, dos horários das visitas, do cachorro... Dá vontade de largar tudo e ir embora, ou falar para eles pararem de brigar como crianças.¹⁸⁴

Em seu texto, a psicóloga e jurista Denise Maria Perissini da Silva traduz singularmente a situação em que vivem muitas famílias brasileiras. A dissolução de

¹⁸³ TARTUCE, Flávio. **A Lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória** - Análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 22 de abr. de 2016

¹⁸⁴ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada**: conquistas para a família. Curitiba: Juruá, 2011, p. 15.

casais com filhos é cada vez mais recorrente na sociedade e, cabe ao direito, quando não há consenso entre o ex-casal, encontrar a melhor solução para resolver tal conflito, levando em consideração tanto o melhor interesse dos filhos quanto dos pais. Conforme Luiz Perez apud Perissini:

No caso do exercício da Guarda Compartilhada, seja ela somente jurídica ou jurídica/física, a ruptura conjugal não modificará a situação na constância da união; ou seja: continuará a responsabilidade solidária de ambos os pais, então ambos continuam igualmente responsáveis pela condução da educação, cuidados, assistência e criação dos filhos, deixando de existir o genitor que detém a totalidade da guarda e o outro reduzido a um papel periférico de mero fiscalizador.¹⁸⁵

O Código Civil de 2002 previa, que em casos de separação entre os pais, que a guarda devia ser concebida ao cônjuge que oferecesse melhores condições de criar o filho. De acordo com Maria Clara Falavigna e Edna Maria Costa, até a Lei 11.698, de 2008, que introduziu a guarda compartilhada, “o tipo de guarda mais comum é aquele que segue a jurisprudência dominante, que é a guarda exclusiva da mãe e visitas quinzenais pelo pai em finais de semana alternados.”¹⁸⁶

Outro ponto até então não comentado, mas que vale a pena ser ressaltado é o que diz a lei sobre a pensão alimentícia no tocante à guarda compartilhada. Quanto a esse quesito, o alimentante não é desobrigado a pagar a pensão, portanto, esta não desaparece em casos de homologação da guarda compartilhada. Na época da introdução da guarda compartilhada no ordenamento jurídico:

Alguns doutrinadores fazem a colocação de que alguns pais pedirão esse tipo de guarda somente para ter uma redução no montante da pensão alimentícia, contudo, tal afirmação não possui fundamento, pois mesmo que se tenha pensão menor, quando o filho estiver em sua companhia o alimentante, terá um custo para mantê-lo sob sua custódia.¹⁸⁷

Entretanto, a própria doutrina reconhecia que essa guarda unilateral não era a ideal, pois privava o filho do contato com o genitor não detentor da guarda. Segundo Maria Clara Osuna Dias Falavigna e Edna Maria Farah Hervey Costa:

¹⁸⁵ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada**: conquistas para a família. Curitiba: Juruá, 2011, p. 147-148.

¹⁸⁶ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz; COSTA, Edna Maria Farah Hervey. **Teoria e prática do direito de família**. De acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Editora Letras Jurídicas: Bestbook Editora, 2003, p. 133.

¹⁸⁷ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada**: conquistas para a família. Curitiba: Juruá, 2011, p. 149.

O tempo cronológico da criança é muito diferente do de um adulto, uma semana para a criança pode corresponder a um mês para o adulto – tempo suficiente para gerar na criança o medo de abandono, e o desapego do progenitor que não detém a guarda trazendo à criança consequências psíquicas desastrosas, dado o papel determinante da presença do pai e da mãe na estruturação psíquica do menor.¹⁸⁸

A criança ficava muito tempo sem ter contato com o outro genitor que não possuía a guarda, o que podia levar à sensação de abandono e desamparo. Constata-se que a guarda unilateral trazia, muitas vezes, traumas irreparáveis para a criança. Esses abalos psicológicos podem acompanhar essa criança ao longo de toda a sua vida, chegando a interferir, inclusive, na sua fase adulta. De acordo com o psicanalista Evandro Luís Silva,

No atendimento psicológico a crianças, é comum depararmos com sintomas que tiveram origens na separação dos pais. Na grande maioria, os sintomas apresentados são: dificuldades cognitivas, ansiedade, agressividade e depressão. Tais sintomas aparecem – não devido ao casamento desfeito e ao fato de a criança conviver com pais separados – mas sim pela falta que faz o progenitor que não detém a guarda, seja o pai ou a mãe. Esta ausência na vida do filho se dá muitas vezes, face a uma separação mal feita, seguida pelo estabelecimento de uma guarda, que de longe atende as necessidades do menor.¹⁸⁹

Percebendo a importância da presença de ambos os pais na vida da criança e, principalmente no seu desenvolvimento psicológico é que ao longo de aproximadamente seis anos os legisladores propuseram e discutiram uma série de projetos¹⁹⁰ de lei que tiveram como resultado a Lei nº 11.698/2008, que introduziu o instituto da guarda compartilhada no Código Civil, dando-lhe preferência em relação à guarda unilateral.

¹⁸⁸ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada**: conquistas para a família. Curitiba: Juruá, 2011, p. 149.

¹⁸⁹ SILVA, Evandro Luís. **A separação do casal e as consequências dos tipos de guarda na vida dos filhos**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/fatpar.asp?rvTextoId=10070625338>>. Acesso em: 23 de out. 2013.

¹⁹⁰ Dentre os Projetos que serviram de suporte para a elaboração da Lei nº 11.698/2008 estão o PL nº 6.315/2008, de autoria do Dep. Feu Rosa; o PL nº 6.350/2002, do Dep. Telden Santiago; o PL nº 6.960/2002, do Dep. Ricardo Fiuza.

4.4 DA OBRIGATORIEDADE DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

Como já abordado em tópicos anteriores, até o ano de 2008, com a promulgação da Lei nº 11.698, que alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, a única guarda existente oficialmente no ordenamento jurídico brasileiro era a unilateral. Com a lei de 2008 foi instituída e regulamentada a guarda compartilhada que, embora ainda não estivesse disciplinada já estava sendo aplicada nos tribunais em algumas ações de família. A partir de então, começaram a ser admitidas no país duas modalidades de guarda: a *unilateral*, já existente e a *compartilhada*.

Segundo a Lei nº 11.698/2008, a guarda unilateral compreende àquela atribuída a apenas um dos genitores ou a alguém que o substitua. Já a compartilhada consiste na responsabilização conjunta, bem como no exercício de direitos e deveres dos pais que não vivam sob o mesmo teto, referentes ao poder familiar dos filhos comuns (§ 1º, do art. 1.583, do CC/2002). Nesse contexto, a jurisprudência concedia, como regra, a guarda unilateral, e, a guarda compartilhada era outorgada apenas para os casos em que a harmonia e o bom relacionamento dos genitores perdurassem após o fim do relacionamento.

No ano de 2014 ocorreu uma reviravolta legislativa. Foi promulgada a Lei nº 13.058, que modificou alguns dispositivos do Código Civil no tocante ao direito de família, especificamente quanto à guarda dos filhos. De acordo com a nova lei, a guarda compartilhada foi eleita como a mais adequada a ser utilizada em caso de dissolução de união. Essa guarda também passou a ser recomendada, principalmente, para as situações de litígio entre os genitores. A partir da proclamação da Lei da Guarda Compartilhada:

A obrigatoriedade fica clara pelo fato de que o afastamento da guarda compartilhada [...] deve ser devidamente motivado pelo genitor, cabendo ao juiz da causa analisar a questão sempre sob a perspectiva do princípio do maior interesse da criança ou do adolescente.¹⁹¹

Com a Lei nº 13.085/2014, ficou clara a intenção do legislador em assegurar o convívio entre pais e filhos, agora ambos os genitores têm como garantir a participação efetiva na educação e criação da prole. Corroborando com o que já

¹⁹¹ TARTUCE, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória**: análise crítica da lei 13.058/14 – Parte II. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI217877,21048-A+lei+da+guarda+compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em 15 de abr. de 2016.

preconizava a Lei nº 11.698/2008, a Lei da Guarda Compartilhada continua a estabelecer a:

Ambos os genitores responsabilidade conjunta, conferindo-lhes, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (CC, art. 1.589).¹⁹²

Contudo, apesar da guarda compartilhada ganhar o *status* de obrigatória, conforme disposição legal, isso ainda é uma questão que levanta bastante polêmica, tanto no meio doutrinário, quanto no jurisprudencial. Alguns doutrinadores defendem que esse modelo de guarda não é o ideal em caso de separação litigiosa, a qual os pais estão em situação de conflito, pois essa relação conturbada se refletirá na relação com os filhos. Os julgados mais atuais denotam esse pensamento:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. GUARDA COMPARTILHADA. Em se tratando de discussão sobre **guarda** de criança, é necessária a ampla produção de provas, de forma a permitir uma solução segura acerca do melhor interesse da infante. Para que a **guarda compartilhada** seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, no caso, diante da situação de conflito, a **guarda compartilhada** é descabida. **NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.** (Agravo de Instrumento Nº 70066152943, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 18/08/2015).¹⁹³

Ementa: APELAÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DIÁLOGO E CONSENSO. MELHOR INTERESSE DO MENOR. I - A produção da prova testemunhal para o fim pretendido era inservível para o julgamento da lide. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. II - A **guarda compartilhada**, após as alterações nos arts. 1.583, 1.584 e 1.585 do Código Civil efetivadas pela Lei 13.058/14, deve ser a regra e o ideal a ser alcançado. No entanto, a custódia física conjunta dos genitores não pode ser deferida em detrimento do melhor interesse da criança. III – Julgado improcedente o pedido de **guarda compartilhada** formulado pelo pai, visto que demonstrada nos autos a dificuldade dos genitores em dialogar e estabelecer, em consenso, a rotina do menor. IV – Apelação desprovida.¹⁹⁴

¹⁹² DIAS, Maria Berenice. Guarda compartilhada: uma solução para os novos tempos. *In: Revista Jurídica Consulex*, n.275, p.26, publicação em 2008.

¹⁹³ BRASIL, TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70066152943, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 18/08/2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Guarda+compartilhada+negada>>. Acesso em: 04 de mai. de 2016.

¹⁹⁴ BRASIL, TJRS. Apelação Cível Nº20120910242430. Relator: Vera Andrighi, Julgado em 05/08/2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/220906261/apelacao-civel-apc-20120910242430>>. Acesso em: 04 de mai. de 2016.

Destarte, quando o legislador promulgou a Lei nº 13.058, ele estava pensando no melhor interesse da criança e do adolescente. Daí a conferir-lhe a obrigatoriedade, pois, mesmo nas situações de discórdia entre os genitores, os filhos não deverão ser prejudicados, estes têm o direito de conviver com ambos os pais.

Com a nova lei, ficou determinado que “o tempo de convívio com o filho deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai.”¹⁹⁵ Nesse mesmo sentido, a redação aprovada no Código Civil refere-se às condições fáticas e os interesses dos filhos como decisivos para a fixação do tempo destinado a cada um dos genitores.¹⁹⁶ A forma como foram empregados os mencionados textos causou uma inevitável confusão quanto ao verdadeiro entendimento da aplicação da lei.

A polêmica se deu em torno da maneira pela qual será estabelecido o tempo em que a criança ou adolescente ficará com a mãe e com o pai. Para parte da doutrina, à medida que esses artigos foram dispostos, a guarda compartilhada foi investida de características de guarda alternada. Pois essa “divisão equilibrada” de tempo pode ser entendida como repartição igualitária de tempo entre os pais. Mas a noção real de guarda compartilhada prevê a criança morando com um dos pais enquanto que o outro tenha acesso irrestrito ao filho e possa participar ativamente da criação deste.

Estabelecida uma residência habitual, única, um lugar de cumprimento dos direitos e obrigações do menor, que não se altera quando passa um período com o pai e outro com a mãe, (dependendo do arranjo escolhido), tal deslocamento não inibe guarda compartilhada, já que não estabelece um sistema rígido de residência alternada, pois continua única.

Assim, a finalidade desse dispositivo é garantir um maior convívio dos filhos com os pais, principalmente com o pai que não mora mais com a criança, pois este geralmente dispunha apenas de um final de semana, a cada quinze dias, para poder ficar desfrutar da companhia do seu filho. Esse tempo era bastante restrito e prejudicial à plena convivência de ambos. Mas isso não significa que a criança deva passar metade do tempo com a mãe e a outra metade com o pai, pois isso acarretaria na aplicação da guarda alternada, que difere completamente da noção de compartilhada.

¹⁹⁵ Art. 2º, **Lei 13.058/2014.** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 07 de abr. de 2016.

¹⁹⁶ Art. 1.583, § 2º, CC/2002. BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de abr. de 2016.

4.5 ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS RELEVANTES ACERCA DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ – “a guarda compartilhada garante o melhor interesse da criança em caso de separação dos pais.”¹⁹⁷ Até janeiro de 2016, doze acórdãos privilegiaram a “prevalência do interesse do menor” nas decisões dos colegiados de ministros do STJ. Como exemplo, o julgado a seguir:

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. **GUARDA COMPARTILHADA**. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A **guarda compartilhada** busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos [...] 2. A **guarda compartilhada** é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da **guarda compartilhada** como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da **guarda compartilhada**, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob **guarda compartilhada**, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A **guarda compartilhada** deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido.¹⁹⁸

Para o STJ, conforme acórdãos proferidos, a guarda compartilhada é “o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico do duplo referencial.”¹⁹⁹ Consoante com esse entendimento, os pleitos acerca da guarda dos filhos convergem para a

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Em-caso-de-separa%C3%A7%C3%A3o,-guarda-compartilhada-protoge-melhor-interesse-da-crian%C3%A7a>. Acesso em: 06 de mai. de 2016.

¹⁹⁸ BRASIL. STJ. RECURSO ESPECIAL REsp 1428596. RS 2013/0376172-9 (STJ). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Guarda+compartilhada+e+suas+consequencias>>. Acesso em: 06 de mai. de 2016.

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.civel.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=60>>. Acesso em: 06 de mai. de 2016.

concessão da guarda compartilhada, como pode ser explanado através dos seguintes julgados:

Ementa: CIVIL. FAMÍLIA. **GUARDA COMPARTILHADA**. MODIFICAÇÃO. CONDUTA DESABONADORA. ALEGAÇÃO. PROVA. AUSÊNCIA. SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA. MANUTENÇÃO. I – A **guarda** dos filhos é dever de ambos os pais e, na impossibilidade de convivência sob o mesmo teto, impositiva é o seu restabelecimento, que, em regra, será na modalidade **compartilhada**. II – A **guarda** conjunta, além de, prioritariamente, possibilitar o processo de desenvolvimento integral da prole, com a manutenção dos laços de afetividade e a minoração dos efeitos que a separação acarreta nos filhos, confere aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. III – A impossibilidade de convívio saudável dos pais com os filhos ou circunstâncias que coloque em risco a vida, a saúde e a integridade, física e mental, destes, autoriza a retirada dos menores da **guarda** do genitor criador do risco e a alteração para a **guarda** exclusiva do outro. IV – A inexistência de prova em relação ao alegado risco criado às menores pelo Apelado e, ao inverso, a demonstração da presença de afinidade das crianças com ambos genitores, enseja a manutenção do acordo de **guarda compartilhada**. V – A existência de desavenças entre os genitores não é, por si só, causa suficiente ao afastamento da **guarda** na modalidade **compartilhada**. RECURSO NÃO PROVIDO. (Classe: Apelação Número do Processo: 0000692-71.2011.8.05.0010, Relator (a): Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi, Quarta Câmara Cível, Publicado em: 02/06/2016).²⁰⁰

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. FAMÍLIA. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE **GUARDA**. ESTABELECIMENTO DA **GUARDA COMPARTILHADA**. CABIMENTO. MANUTENÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. 1. Tratando-se de ação de alteração de **guarda**, na qual se busca o melhor atendimento dos interesses da filha menor, não caracteriza julgamento extra petita o estabelecimento da **guarda compartilhada**, ainda que o pedido inicial dissesse respeito à reversão da **guarda** unilateral em favor do genitor. Preliminar rejeitada. 2. Considerando que os estudos técnicos realizados na instrução constataram que ambos os genitores são aptos ao exercício da **guarda**, corretamente estabelecido na origem o seu compartilhamento, arranjo que atende ao disposto no art. 1.584, § 2º, do CC (nova redação dada pela Lei nº. 13.058/14) e que se apresenta mais adequado à superação do litígio e ao atendimento dos superiores interesses da infante. 3. A ausência de consenso entre os pais não pode servir, por si apenas, para obstar o compartilhamento da **guarda**, que, diante da alteração legislativa e em atenção aos superiores interesses dos filhos, deve ser tido como regra. Precedente do STJ. 4. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte. PRELIMINAR REJEITADA. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70069255867, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 02/06/2016).²⁰¹

²⁰⁰ BRASIL. STJ. APELAÇÃO APL 00006927120118050010. BA (STJ). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 de jun. de 2016.

²⁰¹ BRASIL. STJ. APELAÇÃO APL 70069255867 RS (STJ). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 de jun. de 2016.

Ementa: GUARDA COMPARTILHADA. TUTELA PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DOS ART. 294 A 311 DO NCPC. EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. DESCABIMENTO. 1. A antecipação de tutela, atualmente recepcionada pelo Novo Código de Processo Civil nos arts. 294 a 311 (Tutela provisória - tutela de urgência e tutela de evidência) consiste na concessão imediata da tutela reclamada na petição inicial, mas sua concessão pressupõe existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito reclamado pelo autor e, ainda assim, se houver perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, consoante estabelece claramente o art. 300 do NCPC, ou ainda, na ausência de tais elementos, ficar caracterizada alguma das hipóteses do art. 311 do NCPC. 2. Descabe a concessão de tutela provisória quando existem questões fáticas que reclamam ainda cabal comprovação, sendo necessário que apótem aos autos elementos de convicção suficientes para o acolhimento do pleito liminar. 3. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da **guarda**, mas o interesse do filho. 4. A chamada **guarda compartilhada** não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma de convivência estreita do filho com ambos os genitores, permitindo que ele possa desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de convivência bastante amplo e flexível. 5. Para que a **guarda compartilhada** seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada sobretudo pelo respeito ao direito do filho, que não pode ser transformado em objeto de disputas nem causa de conflitos. 6. Ausente a prova suficiente e necessária para agasalhar a exoneração ou mesmo a redução do encargo alimentar, ficam mantidos os alimentos anteriormente fixados até que venham aos autos elementos de convicção que agasalhem a pretensão deduzida. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70068032887, Sétima Câmara Cível).²⁰²

Dessa forma, pode-se inferir que as recentes decisões referentes à guarda de filhos vêm ocorrendo conforme a orientação da Lei nº 13.058/2014, principalmente no tocante à situação de litígio entre os genitores, visto o melhor interesse da criança e do adolescente, que são os maiores beneficiários da aplicação da guarda compartilhada.

²⁰² BRASIL. STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 70068032887 RS (STJ). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 de jun. de 2016.

5 DA APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DA LEI Nº 13.058/2014

A partir da Lei nº 13.058/2014, a guarda compartilhada passou a ser obrigatória no Brasil. Contudo, percebe-se que nos meios jurídico, doutrinário e jurisprudencial ainda há muitas controvérsias quanto à sua aplicabilidade. Essa polêmica é corroborada por profissionais de diversas áreas de conhecimento que trabalham com vistas a garantir o melhor interesse da criança ou adolescente.

Na aplicabilidade da guarda compartilhada devem ser levado em consideração os procedimentos judiciais adequados, bem como o contexto familiar específico para cada situação. Isso será possível através do diálogo entre os envolvidos, que poderá ser estimulado através de uma mediação familiar, ao mesmo tempo em que se procura coibir a prática da Alienação Parental.

5.1 ASPECTOS GERAIS PARA PROPOSITURA DA AÇÃO E PROCEDIMENTO JUDICIAL

Um assunto que ainda causa divergência nas ações de guarda diz respeito à competência. A guarda pode ser proposta tanto na Vara Cível de Família quanto na Vara da Infância e da Juventude, o fator determinante para tal delimitação será a situação em que se encontra a criança ou o adolescente.

Os procedimentos judiciais que envolvem a guarda de filhos são bastante específicos e regulamentados por dispositivos próprios. A legislação estabelece os ritos que a ação de guarda deve seguir, sempre tendo em vista assegurar os direitos e os interesses da criança ou do adolescente, assim como dos pais.

5.1.1 Competência

De acordo com Maria Berenice Dias, o instituto da guarda está disciplinado “tanto pelo Código Civil quanto pelo ECA” e por isso suscita alguma confusão em relação a qual deva ser o juízo competente para a propositura da ação, pois, segundo aludida a autora:

De forma bastante frequente é suscitado conflito de competência entre os juízes das varas de família e os das varas da infância e da juventude para definir quem deve apreciar as ações que envolvem guarda de crianças e adolescentes. O critério para identificar o juízo competente é a situação em que se encontra o menor.²⁰³

Dessa maneira, o juízo competente para a propositura da ação de guarda é determinado, principalmente, pelo estado no qual se encontra a criança. Nos conflitos que envolvem disputa de guarda dos filhos, o juízo competente é, geralmente, o das varas de família.

Observa-se que, mesmo a criança não estando na companhia dos pais, como, por exemplo, em companhia dos avós ou outros parentes, a vara competente também será a de família. Mas, caso a criança esteja em alguma das situações descritas no art. 98, do ECA²⁰⁴, a competência passa a ser da Vara da Infância e da Juventude.

Assim, estando a criança ou adolescente desassistida e/ou com seus direitos sendo violados ou desrespeitados as ações de guarda devem ser ajuizadas obrigatoriamente nas varas da Infância e da Juventude (art. 148, § Ú, ECA)²⁰⁵. Segundo Maria Berenice Dias²⁰⁶,

O juízo das varas da Infância e da Juventude só é competente se a criança ou adolescente estiver com seus direitos ameaçados ou violados por omissão ou abuso dos pais ou responsáveis [...]. A efetiva concorrência de ameaça ou violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente é que determina, com exclusividade, a competência do juizado da Infância e da Juventude [...] mesmo que esteja na companhia dos pais [...]. Em todos os outros casos, o juiz da família é o competente.

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 463.

²⁰⁴ Art. 98, ECA - As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 de mar. de 2016.

²⁰⁵ Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: [...]

Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de:

a) conhecer de pedidos de guarda e tutela;

b) conhecer de ações de destituição do ~~pátrio poder~~ poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda; (Expressão substituída pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência. BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 de mar. de 2016.

²⁰⁶ Ibidem. p. 464-465.

Como verificado, o que vai determinar a competência para o estabelecimento de guarda é a existência de uma situação que envolva algum tipo de risco para a criança ou o adolescente, caso em que será resolvido na Vara da Infância e da Juventude. Em contrário, a competência caberá à Vara de Família, conforme julgado subsequente:

Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE **COMPETÊNCIA**. GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR. AÇÃO AJUIZADA PERANTE A **VARA DE FAMÍLIA**. DECLINAÇÃO DA **COMPETÊNCIA** PARA A **VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE**. AUSÊNCIA DE RISCO À MENOR. SITUAÇÃO **NÃO** ABRANGIDA PELO ECA . **COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA**. CONFLITO DE JURISDIÇÃO JULGADO PROCEDENTE. 1. Havendo conflito de **competência** entre as **varas** da **infância** e da **juventude** e a de **família**, nos casos de pedido de guarda de criança, a **competência** é desta última, se estiverem ausentes qualquer das hipóteses elencadas no art. 98 do ECA . 2. No caso dos autos, **não** se vislumbra nenhuma das hipóteses de risco previstas no ECA , **não** havendo, desta feita, qualquer circunstância que justifique a atuação da **vara** da **infância** e da **juventude**. 3. Conflito negativo de jurisdição conhecido e provido e em conformidade com o parecer ministerial superior, em conhecer do conflito de **competência** e julgá-lo procedente, para declarar competente o Juízo da 3ª **Vara** Cível da Comarca de Parnaíba para... DE DIREITO DA 2ª **VARA** CÍVEL DA COMARCA DE PARNAÍBA-PIAUI (Requerente) MM. JUÍZA DE DIREITO DA 3ª **VARA**.²⁰⁷

Além desses dispositivos legais que regulamentam a competência acerca da guarda, o STF também se manifestou através da Súmula 383 que estabelece que “a competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.”²⁰⁸

Finalmente, o art. 8º da Lei nº 12.318, de 2010, que estabelece que a modificação do “domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.”²⁰⁹ Consoante com a referida Lei da Alienação Parental, o novo Código de Processo Civil²¹⁰, em seu art. 43 assevera que a competência será determinada no momento do registro ou a partir da

²⁰⁷ BRASIL. TJPI. Conflito de competência CC 00025677520138180000 PI 201300010025672 (TJ-PI). 3ª Vara Cível. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=COMPET%C3%80NCIA+DA+VARA+DE+FAM%C3%80DLIA+E+N%C3%803O+DA+DE+INF%C3%80NCIA+E+JUVENTUDE>>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

²⁰⁸ BRASIL. STJ. **SÚMULA 383**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='383'>>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

²⁰⁹ BRASIL. **Lei nº 12.318/2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

²¹⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105/2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

petição inicial, sendo insignificantes as alterações do estado de fato ou de direito ocorridas após. Já o art. 44, do mesmo dispositivo autoriza a competência conforme legislação especial.

5.1.2 Procedimento

Antes de estabelecer qual o procedimento utilizado no processo de guarda, é importante distinguir processo de procedimento. Segundo Maria Eliane Pereira, o processo consiste no método pelo qual “o Estado exerce a função de prestar a tutela jurisdicional aqueles que o procura através do ajuizamento de uma ação. Já o procedimento é o caminho, a forma pelo qual o processo se realiza em cada caso concreto.”²¹¹

Conforme o art. 318 do novo Código de Processo Civil o procedimento comum é aplicado em todas as causas, salvo disposição em contrário do mencionado Código ou por força de lei²¹², dessa forma, o procedimento comum é aplicado subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução²¹³. Ao longo do texto do CPC não há referência a um procedimento especial para as ações de guarda, sendo assim, o procedimento em tais ações será o comum.

Vale ressaltar que pelo novo Código de Processo Civil, a intervenção do Ministério Público nas questões envolvendo direito de família só se dará mediante necessidade, ou seja, quando houver interesse de incapaz. Neste caso, o mencionado órgão jurisdicional deverá ser ouvido antes mesmo da homologação de acordo ou da decisão judicial que põe fim ao litígio.²¹⁴

²¹¹ PEREIRA, Maria Eliane. **Aspectos processuais da guarda compartilhada**. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiy6tDT4L3MAhUMgpAKHYuYCI4QFggjMAE&url=http%3A%2F%2Fportais.tjce.jus.br%2Fesmec%2Fwp-content%2Fuploads%2F2014%2F12%2FAspectos-Processuais-da-Guarda-Compartilhada.pdf&usq=AFQjCNH7CksflwpZG6M-3dw1pZ5CmmeNvg>>. Acesso em: 30 de abr. de 2016.

²¹² BRASIL, **Lei nº 13.105/2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

²¹³ Art. 318, § Ú, CPC. BRASIL, **Lei nº 13.105/2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

²¹⁴ Art. 698, do CPC. BRASIL, **Lei nº 13.105/2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

5.1.3 Legitimidade

Nas ações de guarda são legitimados à sua propositura os genitores, avós, parentes ou pessoas do convívio dos filhos. O Ministério Público também está legitimado nas ações que implicam em situação de risco para a criança e que questionem o bem-estar da prole. Nesses casos as ações devem ser ingressadas nas Varas da Infância e da Juventude. Observa-se que nas ações que versam exclusivamente sobre a guarda compartilhada, o grupo de legitimados encontra-se restrito ao núcleo de convívio da criança e do adolescente, conforme exemplo:

Ementa: CONFLITO DE JURISDIÇÃO. AÇÃO DE GUARDA DE MENOR REQUERIDO PELOS AVÓS MATERNOS. CONCORDÂNCIA EXPRESSA DA GENITORA. GENITOR INCAPAZ. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO DE RISCO PARA O MENOR. **COMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E NÃO DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE.** CONFLITO JULGADO PROCEDENTE. 1. **Não** se achando o menor em situação de risco e sendo sua guarda postulada pelos avós que a detêm desde o seu nascimento, a **competência** para processamento e julgamento da causa é da **Vara de Família e não** da de **Infância e Juventude**. 2. Conflito de jurisdição julgado procedente. **Encontrado em:** negativo de jurisdição, para fixar a **competência** do juízo suscitado, qual seja, o da 3ª **Vara** Cível... do voto do Relator. Tribunal Pleno 27/08/2014 - 27/8/2014 JUIZ(A) DE DIREITO DA 2ª **VARA** CÍVEL... DA COMARCA DE PARNAÍBA-PI(Requerente) JUIZ(A) DE DIREITO DA 3ª **VARA** CÍVEL DA COMARCA DE PARNAÍBA...²¹⁵

É interessante ressaltar que o novo CPC ao regular as ações de família permite ao juiz dispor do auxílio de uma equipe multidisciplinar, composta por profissionais de diversas áreas de conhecimento, capazes a ajudá-lo a encontrar a melhor solução para a questão apresentada. Esse assunto será melhor abordado em tópico específico, referente à mediação.

²¹⁵ BRASIL. TJPI. Conflito de competência. CC 00028774720148180000 PI 201400010028770. (TJ-PI) Tribunal Pleno 27/08/2014 - 27/8/2014 JUIZ(A) DE DIREITO DA 2ª **VARA** CÍVEL... DA COMARCA DE PARNAÍBA-PI(Requerente) JUIZ(A) DE DIREITO DA 3ª **VARA** CÍVEL DA COMARCA DE PARNAÍBA. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=COMPET%C3%80NCIA+DA+VARA+DE+FAM%C3%80LIA+E+N%C3%80O+DA+DE+INF%C3%80NCIA+E+JUVENTUDE>>. Acesso em: 06 de mai. de 2016.

5.1.4 Caracterização da guarda compartilhada automática em situação de litígio entre os genitores

Como foi discutido no capítulo anterior, a Lei nº 13.058/2014 alterou os arts. 1.583, 1.584 e 1.585 do Código Civil e estipulou que em caso de separação do casal, a guarda dos filhos poderá ser unilateral ou compartilhada, dependendo do consenso entre os pais. Nas situações em que os genitores entram em um acordo, vigora o que eles decidirem, seja por qualquer uma das guardas. Caso não exista consenso entre os pais, a guarda aplicada será a compartilhada, obrigatoriamente. Essa guarda será adotada inclusive se houver entre o casal conflitos na ocasião da separação.

O próprio texto expresso na lei trouxe contradições que muitas vezes não refletia o que o legislador realmente pretendia externar. No § 1º do art. 1.583, o legislador define guarda compartilhada como 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.”²¹⁶ Segundo esse dispositivo, na guarda compartilhada parece que o legislador queria que os ex-cônjuges, mesmo após a separação, continuassem a optar conjuntamente sobre as decisões acerca da vida dos filhos. Não haveria por que transferir o estado de animosidade que tomou conta do casal após o fim do relacionamento para a relação com os filhos.

Ocorre que no parágrafo posterior (§ 2º) do mesmo dispositivo, embora estivesse se referindo à guarda compartilhada, descreve as características da guarda alternada, tipologia inexistente no ordenamento jurídico brasileiro. Os aspectos alusivos desse tipo de guarda, a alternada, são reforçados pelo § 3º quando decreta que “a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.”²¹⁷

Dessa forma, os parágrafos 2º e 3º, do art. 1.583 dão a entender que na guarda compartilhada tanto a responsabilidade pelas decisões acerca da vida dos filhos, quanto o tempo de convívio destes com os genitores será dividido de forma igualitária. Conforme alguns doutrinadores, tais como Flávio Tartuce e José Fernando Simão a nova lei causou confusão à medida que citou as características da guarda alternada.

²¹⁶BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de abr. de 2016.

²¹⁷ Ibidem.

O texto da Lei 13.058/2014 além de introduzir alguns atributos da guarda alternada, também determinou que, quando não existir acordo entre os pais “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.”²¹⁸

Nessa situação, caso ambos os pais encontrem-se aptos a assumir a guarda e não entrem em consenso quanto à decisão, o juiz deverá decretar a guarda compartilhada. Daí a polêmica aventada pelos magistrados e doutrinadores a respeito da adoção da aludida guarda. Ainda que a lei estabeleça a obrigatoriedade da guarda compartilhada, ela também permite que nos casos práticos, pelo melhor interesse da criança e do adolescente, o magistrado pode não adotá-la, desde que justifique a sua não admissão. Contudo, o simples fato dos pais manterem uma relação conflituosa não é mais motivo para a negativa da guarda compartilhada, como o exemplo a seguir:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. **GUARDA COMPARTILHADA**. RESIDÊNCIA HABITUAL MATERNA E REGIME DE CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL. A redação atual do artigo 1.584 , § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058 /14) dispõe que a **guarda compartilhada** é a regra há ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a **guarda**. Caso em que a **guarda compartilhada** vai regulamentada, com fixação da residência habitual materna e regime de convivência paterno-filial em finais de semana alternados com pernoite. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70065020422, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 16/07/2015).²¹⁹

Percebe-se que, ainda que a lei expresse que a guarda compartilhada deva ser adotada sempre que não ocorra consenso entre os pais nos casos de litígio, ela também permite que o juiz não a adote, desde que motivado. Assim, independentemente do que diz a lei, no caso prático, o magistrado, nas ações de guarda, irá adotar a guarda que melhor atenda os interesses da criança. Isso pode ser constatado ao longo da pesquisa dos julgados após a promulgação da lei, que ocorreu em 2014. Corroborando com o elencado, os seguintes exemplos:

²¹⁸ Art. 1.584, § 2º. BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de abr. de 2016.

²¹⁹ BRASIL. TJRS. Agravado de Instrumento. AI Nº 70065020422, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 16/07/2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/jurisprudencia,tjmg-civil-guarda-de-menor-guarda-compartilhada-relacao-conflituosa-entre-os-genitores-impossibilidade-risco-,31546.html>>. Acesso em: 03 de mai. de 2016.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. **GUARDA COMPARTILHADA.** RESIDÊNCIA HABITUAL MATERNA E REGIME DE CONVIVÊNCIA PATERNO-FILIAL. A redação atual do artigo 1.584, § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a **guarda compartilhada** é a regra há (sic) ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a **guarda**. Caso em que a **guarda compartilhada** vai regulamentada, com fixação da residência habitual materna e regime de convivência paterno-filial livre. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70065286916, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 06/08/2015).²²⁰

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE **GUARDA** PROPOSTA PELO GENITOR. **GUARDA COMPARTILHADA DEFERIDA.** APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU O ATENDIMENTO DO MENOR E SEUS GENITORES POR PSICÓLOGA NOMEADA PELO JUÍZO, COM O ACOMPANHAMENTO DA CRIANÇA PELO GENITOR. RECURSO DA GENITORA. Nova decisão proferida nos autos principais para determinar que o tratamento do núcleo familiar seja realizado pelo Setor de Psicologia do Tribunal de Justiça, semanalmente [...]. Manutenção da condução da criança pelo pai ao tratamento é medida que se afigura correta diante da notícia de descumprimentos por parte da genitora, o que, aliás, pode causar prejuízos ao menor em relação à convivência com o genitor. [...] não se demonstrando ainda os alegados prejuízos físicos ou psicológicos para a criança com o compartilhamento da **guarda** realizado, o que inviabiliza a aplicação da exceção de concessão de duplo efeito ao recurso de apelação interposto pela Agravante/ré. **Guarda Compartilhada** hoje que se apresenta como regra de acordo com a nova legislação protetiva (Lei 13058 /2014) que alterou artigos 1.583 , 1.584 , 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406 , de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Parecer da Procuradoria de Justiça no sentido do provimento parcial do recurso tão somente no que diz respeito à alteração da profissional para atendimento da agravante. Decisão mantida. Negativa de Seguimento ao recurso, na forma do artigo 557, caput, do CPC . Precedentes.²²¹

Diante do exposto, conclui-se que, não obstante à obrigatoriedade da Lei nº 13.058/2014, os magistrados, frente ao caso concreto irão decidir com base no melhor interesse da criança e do adolescente. A guarda compartilhada deve ser aplicada via de regra no caso concreto com base em precedentes judiciais, pois, é a mais indicada para a

²²⁰ BRASIL, TJRS. Apelação Cível Nº 70065286916, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 06/08/2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Guarda+compartilhada+negada>>. Acesso em: 04 de mai. de 2016.

²²¹ BRASIL. TJRJ - Agravo de instrumento. AI 00008762820158190000 RJ 0000876-28.2015.8.19.0000 (TJ-RJ). Julgado em 16/04/2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=GUARDA+COMPARTILHADA+DEFERIDA>>. Acesso e: 06 de mai. de 2016.

manutenção do convívio entre pais e filhos, contudo, a sua aplicação é passível das condições factuais específicas.

5.1.5 Decisão do magistrado e os efeitos jurídicos esperados

Nas ações de família que envolve a guarda dos filhos menores de idade, quando os genitores não chegam a um acordo quanto ao tipo de guarda que será adotado, o juiz deve, obrigatoriamente, proceder com a aplicação da guarda compartilhada, salvo quando um dos genitores apresente motivo relevante que desabone o outro.

Na própria audiência o magistrado explicará o que significa a guarda compartilhada e estipulará as responsabilidades de cada um dos guardiões, bem como definirá o tempo, direitos e deveres de cada qual para com o filho ou filhos, na vigência da guarda. Observa-se que na mencionada decisão, o juiz contará com o auxílio de equipe multidisciplinar que fará uma avaliação e apresentação da situação ao julgador. A lei estabelece, também, que antes de emitir sua sentença, o juiz deverá ouvir o Ministério Público nos casos que envolvam direitos de “incapaz” nas ações de família.

Concedida a guarda, os pais devem ter conhecimento de que esta não será adotada em caráter definitivo, pois pode ser revista a qualquer tempo desde que seja em prol do melhor interesse da criança. Além dos genitores, qualquer outro parente interessado ou o Ministério Público podem ingressar com ação de revisão de guarda se for constatado situação de abandono, maus tratos, risco, ou quando a criança encontrasse desassistida pelos guardiões ou por apenas um deles.

Deve-se levar em consideração, conforme debatido, pelo melhor interesse da criança e do adolescente quando os conflitos forem insuperáveis o juiz, motivadamente, pode negar a guarda compartilhada, adotando a guarda unilateral para essas situações. Ressalta-se que nada impede que a guarda compartilhada possa ser adotada num momento posterior, quando os ânimos estejam menos exaltados e a animosidade entre os pais tenha dado lugar a uma convivência minimamente harmônica.

5.2 DA MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

Segundo Denise Maria Perissini da Silva, a mediação familiar é uma atividade que começou a ser utilizada a partir de 1974 nos Estados Unidos.²²² No Brasil, a partir da década de 2000 esse instrumento começou a ser usado na resolução dos conflitos judiciais, pois, oferecia uma maior agilidade e um menor custo quando comparado à resolução das questões que chegavam até a última instância através dos ritos judiciais normais. Para Corinna Schabbel “trata-se da humanização da justiça, uma justiça mais coerente com as transformações contemporâneas.”²²³

Embora a mediação seja uma das práticas mais antigas no que diz respeito à tentativa de resolução dos conflitos existentes, só recentemente foi introduzida oficialmente na prática legislativa brasileira. A mediação pode ser entendida como:

A técnica que induz as pessoas a encontrarem soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o bom relacionamento entre elas, por meio de um diálogo assistido por um terceiro, chamado de mediador. O Poder Judiciário já está utilizando da mediação prévia, não institucionalizada, em alguns tipos de conflitos, principalmente os familiares, na tentativa de valorizar os laços fundamentais de relacionamento, incentivando as partes e reconstruir uma ponte de comunicação que possibilite a construção de solução do conflito.²²⁴

Percebe-se que, com a introdução da guarda compartilhada no direito de família houve, também, a introdução da utilização da mediação, bem como da conciliação nas situações que envolvem a guarda dos filhos menores de idade, após a separação dos pais.

²²² SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 11.

²²³ SCHABEL, Corinna. **Mediação e cultura**. Artigo baseado em apresentação realizada no I Encontro de Mediação e Arbitragem na PUC-SP. São Paulo: 2001. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwj6hYv3pbHMAhUHhZAKHVRkBMcQFggqMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.gov.br%2Farquivo%2Fcms%2FconciliarConteudoTextual%2Fanexo%2FMEDIACAO_e_CULTURA_2006.pdf&usg=AFQjCNHtl2Fy2S zjF4K0IeVCsmTSo2BxCw>. Acesso em: 27 de abr. de 2016.

²²⁴ ARAGÃO, Cristiane M.; SILVA, Aurélia C. Q. da; TORRES, Cláudia V. **Mediação: uma perspectiva histórica do caminho trilhado pelo ordenamento jurídico brasileiro**. Anais VIII SIC. VIII Salão de Iniciação Científica. I Encontro de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte: Internacionalização do conhecimento - caminhos da pesquisa e da pós-graduação na UERN. Mossoró: Edições UERN, 2012, p. 806.

De acordo com Beatriz Helena Braganholo²²⁵, o processo de separação envolvendo ex-cônjuges, muitas vezes resulta em brigas e discórdias que nem sempre conseguem ser resolvidas sem a ajuda de um terceiro, que com neutralidade e imparcialidade possa auxiliar na solução da contenda. Contudo, muitas vezes por *vergonha, medo ou outro sentimento* eles preferem recorrer ao judiciário a obterem ajuda multiprofissional, tal qual apoio psicológico (que seria o mais recomendável).

Nessa conjuntura, cabe ao judiciário restabelecer a comunicação entre o ex-casal, bem como criar mecanismos para que ocorra um mínimo de harmonia nas decisões em que existam filhos menores de idade envolvidos. A mediação se firma como importante instrumento para auxiliar na resolução de contendas familiares. Maria Clara Falavigna aduz que:

O objetivo da mediação é tornar os envolvidos seres mais maduros para lidarem com a situação conflituosa, separando-se as questões de cunho afetivo das jurídicas; não por outra razão, o sentimento de frustração sempre permanece após a prolação da sentença, já que as questões afetivas não foram e nem poderiam, ser resolvidas.²²⁶

Pode-se dizer que a mediação procura trabalhar os conflitos entre os pais para que estes possam conviver de forma minimamente harmônica, de forma que os filhos não sejam tão afetados pelo fim da relação, afinal, o relacionamento que chegou ao fim foi entre os genitores e não destes com a sua prole. Como bem esclarece Beatriz Helena Braganholo:

O processo de mediação pode ser uma maneira de aproximar as partes para discutir questões de interesse mútuo ou não, observando e mediando pontos de vista convergentes e divergentes. [...] E a mediação é uma forma de possibilitar momentos de comunicação entre o casal resolvendo questões emocionais que possibilitem uma separação ou divórcio baseado no bom senso, e não na vingança pessoal. Antes de tudo, a mediação dos conflitos familiares é uma oportunidade para o crescimento e a transformação dos indivíduos. E o mais importante: um crescimento que pressupõe desenvolvimento da capacidade, como pessoa humana, para expressar e fortalecer a capacidade de uma preocupação pelos outros.

²²⁵ Braganholo, Beatriz Helena. **Novo desafio do direito de família contemporâneo: a mediação familiar.** Conferencia proferida no I Congresso de direito de família do Mercosul, realizada pelo IBDFAM, de 2 a 4 de junho de 2005. R. CEJ. Brasília (DF), n. 29, p. 70-79.

²²⁶ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz; COSTA, Edna Maria Farah Hervev. **Teoria e prática do direito de família.** De acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Editora Letras Jurídicas: Bestbook Editora, 2003, p. 290.

A mediação, nessa situação, se torna um importante instrumento de resolução de conflitos. Pois, muitas vezes, o que os ex-cônjuges precisam é de um espaço no qual possam expor e discutir e entenderem os motivos que levaram ao rompimento da relação. Na maioria dos casos, com o passar do choque inicial e com a boa vontade de promover o restabelecimento da comunicação que existia entre o casal e fora perdida, torna-se possível um convívio, se não harmônico, pelo menos civilizado entre o ex-casal.

Consoante com esse raciocínio, Maria Perissine da Silva aduz que a “mediação familiar deve ser capaz de ajudar os envolvidos a superar as naturais dificuldades emocionais, e (re)aprender a usar a empatia, a sensibilidade, e a compreensão”²²⁷, com vistas a retomar uma relação de respeito e reciprocidade dos genitores. Para Maria Helena Diniz,

Os conflitos familiares decorrem de uma inadequada comunicação, por isso a mediação familiar tem por escopo primordial estabelecer uma comunicação, conducente ao conhecimento do outro e à intercompreensão, partindo de explicações, buscando informações e permitindo a intersubjetividade entre os mediandos, para que cada um possa compreender o que o outro diz ou quer. (p. 382, 3º§)/ver 2015

Segundo a autora, a utilização da mediação nos conflitos judiciais envolvendo disputa da guarda dos filhos vai proporcionar o retorno do diálogo entre os pais para que estes possa decidir conjuntamente o que melhor refletir no interesse dos filhos, pois, a mediação “favorece o diálogo [...], possibilitando uma convivência paterna-materna-filial, numa nova relação interpessoal de respeito e amizade, baseada na compreensão, cooperação e tolerância.”²²⁸

De acordo com Maria Clara Falavigna, a técnica da mediação oportuniza aos próprios envolvidos “encontrarem a solução, que não é imposta por um terceiro, mas com a ajuda de um mediador, profissional capacitado para essa função.”²²⁹ Para a autora, a mediação seria o caminho mais adequado, “não só para a resolução de

²²⁷ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada**: conquistas para a família. Curitiba: Juruá, 2011, p. 60-61.

²²⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 382.

²²⁹ FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz; COSTA, Edna Maria Farah Hervey. **Teoria e prática do direito de família**. De acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Editora Letras Jurídicas: Bestbook Editora, 2003, p. 291.

conflitos, como também para amenizar os prejuízos psíquicos sofridos pelas partes e demais envolvidos.”²³⁰

Nas situações em que ocorre a dissolução do relacionamento, tanto os ex-cônjuges quanto os filhos sofrem os efeitos da separação, a estrutura familiar é abalada, e é nesse momento que a serenidade dos pais deve ser priorizada. Segundo Corinna Schabbel, tanto os pais como os filhos vivem uma situação delicada no que concerne à definição da guarda e visitas, “ou emocionais, como lidar com a interrupção de certas tradições familiares, a perda da convivência diária com um dos pais e a sensação de desamor, rejeição e abandono.”²³¹

Percebe-se que a separação do casal afeta não apenas a vida dos pais, mas principalmente a vida dos filhos. Muitas vezes os pais estão tão preocupados em resolver seus conflitos um com o outro que acabam esquecendo que os filhos também estão passando por momentos difíceis devido às mudanças abruptas em suas vidas. Nesse contexto,

A mediação procura criar oportunidade de solução do conflito, possibilitando que, com maturidade, os protagonistas repensem sua posição de homem, mulher, pai e mãe, verificando seus papéis na conjugalidade e na parentalidade, e impedindo violência das disputas pela guarda de filhos menores e pelas visitas. Com isso, protege-se a prole de comprometimentos psicológicos e psicossomáticos, tão frequentes no período pós-separação ou pós-divórcio de seus pais.²³²

Estudos na área do direito de família que pesquisam a respeito do impacto da superação na vida dos filhos mostraram que os conflitos de longa duração entre os cônjuges provocam problemas de ajustamento na criança, como em adolescentes, destacando-se entre eles: a agressividade, o isolamento, a ansiedade generalizada e a depressão.²³³

Nesse contexto, se faz mister que exista o diálogo entre o ex-casal para que as desavenças e conflitos possam ser resolvidos e que afetem o menos possível a vida dos

²³⁰ Ibidem, p. 293.

²³¹ SCHABBEL, Corinna. **Relações familiares na separação conjugal**: contribuições da mediação. Psicologia : teoria e prática. São Paulo: Revista de Psicologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-36872005000100002>. Acesso em: 27 de abr. de 2016.

²³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383.

²³³ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada**: conquistas para a família. Curitiba: Juruá, 2011, p. 60.

filhos. De acordo com Braganholo, a mediação seria o instrumento que possibilitaria a reabertura do diálogo, com a ajuda de um terceiro imparcial, entre o ex-casal para que estes pudessem perceber que os vários ângulos do mesmo problema, e que pudessem, se não concordar com o outro, pelo menos perceber como o outro se sente sobre a mesma situação, auxiliaria, nas palavras de Perissine, a encontrar um acordo que atenda aos seus interesses, reconhecendo que não existe melhor sentença do que a vontade comum.²³⁴

A mediação como instrumento facilitador do diálogo nas situações de conflitos judiciais vem ganhando cada vez mais espaço no nosso ordenamento jurídico nas últimas décadas. Pode-se perceber que sua utilização está cada vez mais sendo usada nos processos judiciais, principalmente no que diz respeito ao direito de família.

5.3 PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS ENTRE PAIS E FILHOS E O DIREITO À CONVIVÊNCIA

Durante muito tempo, o fim do casamento (e, mais recentemente, das uniões estáveis, regulamentadas ou não) de casais com filhos levavam os ex-cônjuges à procura da justiça para que fosse definido o genitor possuidor da guarda. Para Maria Berenice Dias²³⁵, quando a guarda adotada pelo ordenamento jurídico era a unilateral, na maioria dos casos era a mãe que detinha a guarda, restando ao pai o direito de visitas, geralmente a cada quinze dias.

Ao longo da década de 2000, com as mudanças sociais ocorridas no país, o conceito de guarda compartilhada começa a despontar no ordenamento jurídico. Muitas categorias profissionais, tais como psicólogos, assistentes sociais, pedagogos e advogados vão percebendo que a criança e o adolescente, para o seu pleno desenvolvimento, precisa do convívio com ambos os pais, estando eles juntos ou não.

A mudança quanto ao tipo de guarda adotada vai se modificando até que em 2008, com o advento da Lei nº 11.698, a guarda compartilhada passa a ser a adotada,

²³⁴ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada**: conquistas para a família. Curitiba: Juruá, 2011, p. 61.

²³⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 480.

preferencialmente, quando não há consenso entre os pais. Essa mudança na legislação tinha por objetivo permitir que a criança pudesse conviver com ambos os pais, mesmo que estes não conseguisse manter um relacionamento harmonioso entre si.

Infelizmente, a lei não foi efetivamente aplicada, pois, visando o “melhor interesse” da criança, o magistrado dificilmente adotava a guarda compartilhada nos casos de conflito entre os genitores. Desse modo, mesmo que se tentasse assegurar o melhor interesse da criança, a falta do convívio com um dos genitores na vida dos filhos acarretava problemas e prejuízos aos filhos.

Com a Lei nº 13.058, de 2014, é feita nova tentativa por parte do legislador para garantir a convivência do filho com ambos os genitores. Conforme opinião de profissionais das diversas áreas que contribuem para o desenvolvimento infantil, esse relacionamento cotidiano traz vantagens e benefícios de ordem psicológica, mental e física para a criança e o adolescente.

5.3.1 Da possibilidade da alienação parental

Um problema que vem sendo bastante discutido na seara do direito de família, em relação à guarda dos filhos é a chamada Alienação Parental, praticada geralmente pelo genitor guardião em desfavor do genitor não guardião. Essa prática sistemática tem por consequência mais grave a Síndrome da Alienação Parental. De acordo com o psiquiatra Richard A. Gardner:

A Síndrome de Alienação Parental (SAP) consiste numa disfunção que surge primeiro no contexto das disputas de guarda. Sua primeira manifestação é a campanha que se faz para denegrir um dos pais, uma campanha sem nenhuma justificativa. É resultante da combinação de doutrinações programadas de um dos pais (lavagem cerebral) e as próprias contribuições da criança para a vilificação do pai alvo.²³⁶

Há de se ressaltar que Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental são dois conceitos distintos, embora Maria Berenice Dias, em seu livro “Manual de Direito de família” as trate como a mesma coisa. De acordo com estudiosos do tema, tal como Eveline de Castro Correia:

²³⁶ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 205.

A alienação parental não se confunde com a Síndrome da Alienação Parental, a segunda decorre da primeira, ou seja, a alienação parental é o afastamento de um dos genitores, provocado pelo outro (guardião) de forma voluntária. Já o processo patológico da síndrome diz respeito às seqüelas emocionais e o comportamento que a criança vem a sofrer vítima deste alijamento.²³⁷

A alienação parental decorre do ato de um dos pais denegrir o outro para o filho, fazendo com que este crie uma falsa imagem do genitor denegrido e, devido a isso, ocorra o rompimento da relação. A criança passa a nutrir uma imagem completamente negativa do genitor, ocasionando danos de ordem mental e psicológica.

Essa preocupação com as consequências psicológicas da separação para os filhos, principalmente quando o ex-casal mantém situação de hostilidade, foi recorrente do legislador brasileiro que desde o Código Civil de 2002 vem discutindo alterações na lei que diz respeito à guarda dos filhos.

Foi percebido, tanto pelos juristas, quanto por psicólogos, assistentes sociais e demais profissionais do ramo, que para que ocorra o pleno desenvolvimento psicamental das crianças e adolescentes seria preciso que, mesmo após o rompimento do relacionamento dos pais, estes precisavam estar presentes em todos os momentos da vida dos filhos. Como abordado anteriormente, o fim da relação conjugal não significa o fim da relação com os filhos.

Ocorre que na prática, quando o casal se separa, muitas vezes é impossível um relacionamento harmonioso entre eles. E essa animosidade pode chegar até os filhos, propiciando a realização da alienação parental. De acordo com Maria Berenice a Síndrome da Alienação Parental ou, ainda, implantação de falsas memórias acontece quando:

Um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição, ou a raiva movida pela traição, surge um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais do que uma “lavagem cerebral” feita pelo guardião de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando

²³⁷ CORRÊA, Eveline de Castro. **Análise dos meios punitivos da nova lei de alienação parental.** Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9272>. Acesso em: 06 de mai. de 2016.

maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador.²³⁸

Para a psicóloga Lenita Pacheco Lemos Duarte²³⁹, muitas vezes o genitor alienador busca fazer com que a criança tenha a mesma visão e sentimentos que ele em relação ao outro genitor, geralmente o alienador é o genitor que detém a guarda e em sua campanha de denegrir o outro para a criança faz com que esta crie sentimento de medo, raiva, temor, pois, aliado à campanha do genitor alienador há também o afastamento imposto, através do regime de visita a cada quinze dias. Isso gera na criança sentimentos de rejeição, abandono e traição.

Como abordado no capítulo anterior, o tempo passa de forma diferente para a criança, uma semana pode equivaler a um mês, é muito tempo sem o contato do genitor não-guardião. A criança acaba por acreditar na versão do genitor que está sempre ao seu lado, levando à quebra de vínculos afetivos com o genitor que não detém a guarda.

Esse comportamento, no qual um dos pais busca fazer com que o filho crie uma falsa memória do outro é o que caracteriza o comportamento típico da chamada alienação parental. E é justamente essa conduta que o legislador, bem como os juristas tentam evitar nos casos de disputa de guarda de filhos.

Em 2010 foi criada a Lei nº 12.318 com o intuito de coibir qualquer tipo de comportamento por parte dos genitores, seja o detentor da guarda ou não, que tente afastar ou destruir os vínculos de afetividade entre a criança e o outro genitor. Para Carlos Roberto Gonçalves, a alienação parental é:

Uma situação bastante comum no cotidiano dos casais que se separam: um deles, magoado com o fim do casamento e com a conduta do ex-cônjuge, procura afastá-lo da vida do filho menor, denegrindo a sua imagem perante este e prejudicando o direito de visitas. Cria-se, nesses casos, em relação ao menor, a situação conhecida como “órfão de pai vivo”.²⁴⁰

A Lei da alienação parental tenta evitar essa situação. No seu art. 2º, a aludida Lei caracteriza o ato de alienação parental como a ingerência no desenvolvimento psicológico da criança ou do adolescente realizada “por um dos genitores, pelos avós ou

²³⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev., atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 473.

²³⁹ DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A angústia das crianças diante dos desenlaces parentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 270.

²⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 305.

pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.”²⁴¹ Alguns exemplos do comportamento característico de um genitor alienador são elencados no dispositivo infra-constitucional²⁴².

Contudo, deve-se salientar que essas condutas são exemplificativas e não taxativas. Outras atitudes que tenham por objetivo separar ou quebrar os vínculos de afetividade, embora não estejam expressos em lei, também podem ser consideradas como alienação parental. Essa prática é altamente prejudicial aos filhos que dela são vítimas, pois:

Fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.²⁴³

A citada lei²⁴⁴ dispõe, ainda, acerca da prioridade de tramitação do processo, com oitiva do Ministério Público, bem como estabelecimento de perícias com profissionais habilitados para a identificação da alienação parental. Além disso, a supracitada legislação autoriza a utilização de instrumentos processuais capazes de inibir ou atenuar os efeitos da alienação, conforme o grau de gravidade de cada situação.

Essa lei regulamenta a prática da alienação parental como conduta a ser evitada, estabelecendo, inclusive, a perda do exercício do poder familiar como punição para esse

²⁴¹ BRASIL. **Lei nº 12.318/2010**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

²⁴² Art. 2º, § Ú, da Lei 12.318/2010. I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

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

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

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

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. BRASIL. **Lei nº 12.318/2010**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

²⁴³ Art. 3º, da Lei 12.318/2010. BRASIL. **Lei nº 12.318/2010**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

²⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 12.318/2010**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

comportamento. É um dispositivo importante à medida que diminui a tentativa de quebra dos vínculos familiares e promove a manutenção dos laços parentais.

5.3.2 DAS VANTAGENS E/OU DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA NA LEI Nº 13.058/2014

A guarda compartilhada, apesar de ser um instituto adotado há algum tempo no ordenamento pátrio, ainda suscita bastante polêmica quanto aos reais benefícios que proporciona. Na doutrina há posicionamento favorável e contra à sua execução. Alguns ainda alegam que essa guarda só será realmente eficaz quando do bom relacionamento entre os genitores. Mas conforme opinião de estudiosos da área, não há nada mais salutar que a presença do pai e da mãe na vida de um filho.

Ao estabelecer a obrigatoriedade da adoção da guarda compartilhada nos casos de separação em que o ex-casal não estabeleça um consenso, criou-se uma polêmica no direito de família entre muitos doutrinadores e juristas quanto à sua aplicabilidade em casos onde não é possível constituir um diálogo entre os ex-cônjuges. Deixando de lado um pouco a discussão que essa controvérsia levanta, deve-se perceber o que o legislador quis determinar, ao aprovar a Lei nº 13.058/2014.

Contudo, o que será levado em consideração é o direito que a criança ou adolescente possui de conviver com ambos os pais. Esse novo contexto obriga aos genitores a colocar as suas desavenças em segundo plano para estabelecerem uma relação cordial, como forma de garantir a aproximada criação dos filhos.

A referida Lei, ao modificar o texto dos arts. 1.583 ao 1.585, visa assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência tanto com a mãe, quanto com o pai após a dissolução do relacionamento. Como muitos profissionais, das mais diversas áreas, já comprovaram através de estudos e pesquisas, para que ocorra o amplo desenvolvimento da criança é preciso que ambos os pais participem ativamente das vidas dos filhos.

O modelo de guarda que restringe a convivência de um dos pais com os filhos vem se mostrando altamente prejudicial ao pleno desenvolvimento psíquico, físico e mental da prole. Além disso, esse tipo de guarda fere vários princípios consagrados pela Constituição Federal e pelo direito de família.

O genitor não-guardião, geralmente o pai, na guarda acaba tendo os seus direitos paternos restringidos pelo modelo de guarda unilateral. A este, o convívio com os filhos se restringe às visitas determinadas quando na ação de guarda e sua participação nas decisões acerca da vida dos filhos, resume-se à mera fiscalização ao invés de uma efetiva participação nessas decisões.

A obrigatoriedade da guarda compartilhada surge na tentativa de sanar esse distanciamento que ocorre entre um dos genitores com os filhos após a separação dos pais. Segundo a juíza Angela Gimenez, magistrada, titular da Primeira Vara Especializada em Família e Sucessões de Cuiabá e Presidente do IBDFAM-MT:

Nós precisamos compreender que é importante que as nossas crianças possam conviver com seu pai e com sua mãe e que o ideal seja do compartilhamento igualitário sem que isso tenha que ser uma camisa de força, mas que seja um ideal a ser buscado, que seja uma perspectiva a ser alcançada. Inclusive, porque essa convivência com o pai e com a mãe tem sido um grande antídoto à alienação parental, tem propiciado que as nossas crianças possam ter uma visão bifrontal da vida, trazendo valores de seu pai e de sua mãe, recebendo afeto e alento do pai e da mãe e acolhimento das duas famílias extensas, o que sem dúvida nenhuma vem ao encontro do melhor interesse das crianças podem melhor se desenvolver.²⁴⁵

Dessa forma, fica evidente a necessidade da criança e do adolescente de conviver com o pai e a mãe, esse relacionamento só traz benefícios e contribui para o processo de formação dos filhos. Quando se fala em compartilhar, esse compartilhamento diz respeito não só às responsabilidades e deveres dos pais com a prole, mas, acima de tudo, o compartilhamento do amor e do afeto.

²⁴⁵ GIMENEZ, Ângela Regina. **A guarda compartilhada e o fim do genitor visitante**. Conferência proferida no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizada pelo IBDFAM, de janeiro de 2015.

6 CONCLUSÃO

Entre os tipos de guarda apresentadas ao longo do trabalho, percebe-se que a guarda compartilhada foi a escolhida pelo legislador para ser a adotada nos casos de dissoluções familiares. Mas sua aplicabilidade, conforme o que diz a lei, ainda é de difícil concretização, pois esse modelo de guarda, até há pouco só era utilizada em situações específicas, ou seja, quando não havia situação de conflito entre os genitores. Muitos juristas ainda possuem certa resistência quanto a sua adoção nos casos, principalmente onde o ex-casal ainda mantém ressentimentos recíprocos, devido, muitas vezes ao difícil processo de separação.

Como abordado, após a Constituição Federal de 1988, novos princípios vêm norteando o sistema legislativo brasileiro. E o que diz respeito ao direito de família, no tocante à guarda dos filhos, o jurista vem levando cada vez mais em consideração, na aplicação prática da lei, princípios como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da afetividade, da solidariedade, do princípio geral do cuidado e, principalmente do melhor interesse da criança.

Nesse caso não há como falar em melhor preservar os direitos das crianças e adolescentes, se considerarmos privá-los da companhia de um dos genitores (salvo razão legal e restritiva para tanto). Dessa forma, o acompanhamento dos pais em todas as fases da vida do filho é de fundamental importância ao pleno desenvolvimento psicológico, mental, afetivo e físico da criança e do adolescente. Não parece plausível privar tanto o pai/mãe quanto os filhos de desfrutarem do convívio familiar porque os genitores não podem mais manter um bom relacionamento entre si.

No Brasil, consoante com a Lei nº 13.058/2014, a guarda compartilhada possa ser largamente utilizada em qualquer caso de dissolução de relação familiar, principalmente nas ocasiões as quais configuram situação de conflito. Como foi estudado, muitos doutrinadores, embora alguns estabeleçam determinadas ressalvas, são unânimes em concordar os vários benefícios que a guarda compartilhada assegura para os filhos e para os pais.

O instituto da guarda compartilhada estabelece que a responsabilidade da formação e criação dos filhos compete a ambos os pais, tal como o seria se ainda estivessem juntos. Os genitores continuam com seus direitos e deveres garantidos, mesmo após a dissolução da relacionamento, posto que a relação que chegou ao fim foi entre os pais e não destes com seus filhos.

A Lei nº 13.058/2014 surgiu para regulamentar uma situação que já estava disposta no Código Civil de 2002. Contudo, ainda que a guarda compartilhada já estivesse disciplinada em tal legislação, esta não era aplicada como deveria. Esse modelo de guarda só era concedido para as situações em que não configurassem beligerância entre os genitores.

Destarte, estudos realizados por profissionais das áreas de psicologia, serviço social, pedagogia e a própria advocacia apontaram que nada é mais benéfico à saúde psicamental da criança ou do adolescente do que a convivência com o pai e a mãe. A ausência dessas referências pode trazer prejuízos irreparáveis quanto ao desenvolvimento dos filhos.

A sensação de abandono e de desamparo afluída pelo conturbado momento vivido pela recém-desfeita família traz à criança inseguranças e incertezas quanto ao amor dos pais, principalmente em relação ao pai não guardião, que, até então, tinha que se contentar com visitas esporádicas, estabelecidas previamente, quando do acordo de separação.

Apesar de importante conquista, a Lei nº 13.058 necessita de alguns ajustes, tais como a confusão que a referida lei vislumbra acerca da divisão de tempo equilibrado/igualitário que o filho deva passar com cada um dos pais. Para alguns doutrinadores, esse dispositivo proporciona a semelhança da guarda compartilhada com a alternada.

Contudo, as mencionadas guardas são completamente diferentes, na guarda alternada há a divisão do tempo no qual o filho fica com os pais, isoladamente, e nesse ínterim o que é aplicada é guarda unilateral, porém de forma revezada. Já na guarda compartilhada, como o próprio nome reflete, há a responsabilização conjunta dos pais com a educação e criação dos filhos.

No caso em tela, os pais exercem conjuntamente o poder familiar e decidem juntos todas as questões referentes à vida e ao desenvolvimento da criança ou adolescente. Essa guarda é o melhor caminho a ser trilhado para garantir a convivência e a união entre pais e filhos.

A aplicação da guarda compartilhada coaduna com os princípios do direito de família, em defesa das garantias fundamentais da criança e do adolescente, em pleno processo de formação psicológica. Esse instituto ainda está em processo de entendimento e aceitação, principalmente devido à possíveis contradições aqui levantadas.

Porém, dentre as opções de guardas existentes, ainda é a mais adequada, pois visa proteger os interesses da criança e do adolescente, estabelecendo suporte psicológico para o seu total desenvolvimento. Assim, o convívio com ambos os pais deve ser priorizado e estimulado pela jurisprudência e doutrina brasileira vigente.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 de CC/2002. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Direito civil: família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ARAGÃO, Cristiane M.; SILVA, Aurélia C. Q. da; TORRES, Cláudia V. Mediação: uma perspectiva histórica do caminho trilhado pelo ordenamento jurídico brasileiro. *In*: **Anais VIII SIC. VIII Salão de Iniciação Científica. I Encontro de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte: Internacionalização do conhecimento - caminhos da pesquisa e da pós-graduação na UERN**. Mossoró: Edições UERN, 2012.

ARAÚJO, Nádia de. O cuidado como valor jurídico e a cobrança de alimentos no plano internacional. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva e OLIVEIRA, Guilherme de (Coord.). **O Cuidado como Valor Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BAPTISTA, Sílvio Neves. **Guarda compartilhada**. Recife: Bagaço, 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de família e psicanálise**. São Paulo: Imago, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

BRAGANHOLO, Beatriz Helena. **Novo desafio do direito de família contemporâneo: a mediação familiar**. Conferência proferida no I Congresso de direito de família do Mercosul, realizada pelo IBDFAM, de 2 a 4 de junho de 2005. R. CEJ. Brasília (DF), n. 29.

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. Uniões homossexuais: o estado da arte na jurisprudência brasileira. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 de abr. de 2016.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 de mar. de 2016.

BRASIL. **Convenção Internacional dos Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 02 de mar. de 2016.

BRASIL. **Convenção sobre os direitos da criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 18 de mar. de 2016.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 de mar. de 2016.

BRASIL. **Lei nº 883/1949**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L0883.htm>. Acesso em: 17 de mar. de 2016.

BRASIL. **Lei nº 3.071/2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm#art358. Acesso em: 15 de mar. de 2016.

BRASIL. **Lei nº 4.121/1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 17 de mar. de 2016

BRASIL. **Lei nº 6.515/1977**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm#art51>. Acesso em: 17 de mar. de 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.318/2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

BRASIL. **Lei nº 12.398/2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12398.htm#art1>. Acesso em: 06 de abr. de 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.058/2014**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 07 de abr. de 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105/2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

BRASIL. STJ. **SÚMULA 383**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='383'>>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Em-caso-de-separa%C3%A7%C3%A3o,-guarda-compartilhada-protge-melhor-interesse-da-crian%C3%A7a>. Acesso em: 06 de mai. de 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <

<http://www.civel.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=60>>. Acesso em: 06 de mai. de 2016.

BRASIL. STJ. RECURSO ESPECIAL REsp 1428596. RS 2013/0376172-9 (STJ).

Disponível em: <

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Guarda+compartilhada+e+suas+consequencias>>. Acesso em: 06 de mai. de 2016.

BRASIL, TJDF. Agravo de Instrumento 91956220088070000 DF 0009195-62.2008.807.0000. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=IMPOSSIBILIDADE+DE+GUARDA+COMPARTILHADA&p=5>>. Acesso em: 19 de abr. 2016.

BRASIL. TJRJ. Agravo de instrumento. AI 00008762820158190000 RJ 0000876-28.2015.8.19.0000 (TJ-RJ). Julgado em 16/04/2015. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=GUARDA+COMPARTILHADA+DEFERIDA>>. Acesso e: 06 de mai. de 2016.

BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento. AI nº 70065020422, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 16/07/2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/jurisprudencia,tjmg-civil-guarda-de-menor-guarda-compartilhada-relacao-conflituosa-entre-os-genitores-impossibilidade-risco-,31546.html>>. Acesso em: 03 de mai. de 2016.

BRASIL. TJRS. Apelação Cível Nº 20120910242430. Relator: Vera Andrighi, Julgado em 05/08/2015. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/220906261/apelacao-civel-apc-20120910242430>>. Acesso em: 04 de mai. de 2016.

BRASIL. TJRS. Apelação Cível Nº 70065286916, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 06/08/2015.

Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Guarda+compartilhada+negada>>. Acesso em: 04 de mai. de 2016.

BRASIL. TJSC. Apelação Cível. AC 213587 SC 2009.021358-7 (TJ-SC). Julgado em 09/09/2009. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Guarda+compartilhada+negada>>. Acesso em: 06 de mai. de 2016.

BRASIL. TJPB. ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00717769220148152001. 2ª Câmara Especializada Cível, Relator DES ABRAHAM LINCOLN DA C RAMOS, em 22-03-2016. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=GUARDA+ALTERNADA>>. Acesso em: 19 de abr. de 2016.

BRASIL. TJPI. Conflito de competência CC 00025677520138180000 PI 201300010025672 (TJ-PI). 3ª Vara Cível. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=COMPET%C3%80NCIA+DA+VARA+DE+FAM%C3%80LIA+E+N%C3%80O+DA+DE+INF%C3%80NCIA+E+JUVENTUDE>>. Acesso em: 05 de mai. de 2016.

BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70011307444. Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 01/06/2005. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6529/Guarda-compartilhada>. Acesso em: 19 de abr. 2016.

BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70065602484, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Pedro de Oliveira Eckert, Julgado em 20/08/2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=GUARDA+ALTERNADA>>. Acesso em: 19 de abr. de 2016.

BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70066152943, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 18/08/2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Guarda+compartilhada+negada>>. Acesso em: 04 de mai. de 2016.

BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70067405993, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/02/2016. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=GUARDA+ALTERNADA>>. Acesso em: 19 de abr. de 2016.

BRASIL. TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70008775827, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/08/2004. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6529/Guarda-compartilhada>>. Acesso em: 19 de abr. 2016.

BRASIL. TJRS. Apelação Cível Nº 70013325063, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 21/12/2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6529/Guarda-compartilhada>>. Acesso em: 19 de abr. 2016.

BRASIL. STJ. APELAÇÃO APL 00006927120118050010. BA (STJ). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 de jun. de 2016.

BRASIL. STJ. APELAÇÃO APL 70069255867 RS (STJ). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 de jun. de 2016.

BRASIL. STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 70068032887 RS (STJ). Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 13 de jun. de 2016.

BRASIL. **Revista dos Tribunais**. RT 742:392. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em 06 de abr. de 2016.

BRASIL. **Revista dos Tribunais**. RT 756:117. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em 06 de abr. de 2016.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. *In: Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n. 28, fev.-mar. 2005.

CORRÊA, Eveline de Castro. **Análise dos meios punitivos da nova lei de alienação parental**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9272>. Acesso em: 06 de mai. de 2016.

DIAS, Maria Berenice. Guarda compartilhada: uma solução para os novos tempos. *In: Revista Jurídica Consulex*, n.275, p.26, publicação em 2008.

_____. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. (Coord.). 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

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

_____. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação. *In: Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XIV, n. 85, fev. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019>. Acesso em: 26 de fev. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 5: direito de família. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A angústia das crianças diante dos desenlaces parentais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 20102.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz; COSTA, Edna Maria Farah Hervey. **Teoria e prática do direito de família**. De acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Editora Letras Jurídicas: Bestbook Editora, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: Direito das famílias**. vol. 6. 6. ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2014.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 6. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. Vol.6. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARDNER, R.A. **The Parental Alienação Syndrome** (A Síndrome de Alienação Parental). Disponível em: <<http://www.rgardner.com>>. Acesso em: 16 de abr.de 2016.

GOMES, Orlando; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito de família**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONTIJO, Fernando. **Guarda dos filhos**: alternada, compartilhada ou unilateral? Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/guarda-dos-filhos-%E2%80%93-alternada-compartilhada-ou-unilateral/>>. Acesso em: 16 de abr. de 2016.

GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. **Adoção, tutela e guarda**: conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil. 3. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. **Direito de família e das sucessões**. Rio de janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

MATOS, Ana Carla Harmatuik. **Perspectiva civil-constitucional**. In: DIAS, Maria Berenice. (Coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: **Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Família e Cidadania. O novo CCB e a *Vacatio legis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. Disponível em:<
http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiln_za3vzLAhXChpAKHVw6DIcQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.egov.ufsc.br%2Fportal%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fanexos%2F9408-9407-1-PB.pdf&usg=AFQjCNH5GqKKM-byilvk5qt6jGw9rvJIgg>. Acesso em: 06 de abr. de 2016.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. Ed. Método. São Paulo: 2007.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. O valor jurídico do cuidado: família, vida humana e transindividualidade. Escola de Educação e humanidades – PUCPR. In: **Jornada interdisciplinar de pesquisa em teologia e humanidades** - JOINTH.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. vol. 3. São Paulo: Bookseller, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito de Família**. Vol. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. VII. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Instituições de direito civil**. vol. V. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Maria Eliane. **Aspectos processuais da guarda compartilhada**. Disponível em:

<<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwiy6tDT4L3MAhUMgpAKHYuYCI4QFggjMAE&url=http%3A%2F%2Fportais.tjce.jus.br%2Fesmec%2Fwp-content%2Fuploads%2F2014%2F12%2FAspectos-Processuais-da-Guarda-Compartilhada.pdf&usg=AFQjCNH7CksflwpZG6M-3dw1pZ5CmmeNvg>>. Acesso em: 30 de abr. de 2016.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Direito de família**: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

RIZZI, Maria Helena. **Guarda compartilhada sob o prisma psicológico**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/266-guarda-compartilhada-sob-o-prisma-psicologico>>. Acesso em: 13 de set. de 2012.

RODRIGUES, Samara. **Análise dos tipos de guarda existentes no direito brasileiro e as diferenças entre a guarda compartilhada e a guarda alternada**. Disponível em: <<http://samararodriguez.jusbrasil.com.br/artigos/118530834/analise-dos-tipos-de-guarda-existent-no-direito-brasileiro-e-as-diferencas-entre-a-guarda-compartilhada-e-a-guarda-alternada>>. Acesso em: 13 de set. de 2012.

SCHABELL, Corinna. **Mediação e cultura**. Artigo baseado em apresentação realizada no I Encontro de Mediação e Arbitragem na PUC-SP. São Paulo: 2001. Disponível em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEWj6hYv3pbHMAhUHhZAKHVrkBMcQFggqMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.gov.br%2Farquivo%2Fcms%2FconciliarConteudoTextual%2Fanexo%2FMEDIACAO_e_CULTURA_2006.pdf&usg=AFQjCNHtl2Fy2SzfF4K0IeVCsmTSo2BxCw>. Acesso em: 27 de abr. de 2016.

SCHABBEL, Corinna. Relações familiares na separação conjugal: contribuições da mediação. Psicologia: teoria e prática. São Paulo: *In: Revista de Psicologia da Universidade Presbiteriana Mackenzie*, 2005. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-36872005000100002>. Acesso em: 27 de abr. de 2016.

SIMÃO, José Fernando. **Guarda compartilhada obrigatória**. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013. Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br/>>. Acesso em 23 de dez. de 2014.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Mediação e guarda compartilhada**: conquistas para a família. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Evandro Luís. **A separação do casal e as consequências dos tipos de guarda na vida dos filhos**. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/fatpar.asp?rvTextoId=10070625338>>. Acesso em: 23 de out. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SODEYAMA, Ariadne Gabriela de Almeida Sodeyama. **Guarda Compartilhada; alternada e unilateral, entenda a diferença**. Disponível em: <http://rosarioebaldino.jusbrasil.com.br/artigos/325026084/guarda-compartilhada-alternada-e-unilateral-entenda-a-diferenca?ref=topic_feed>. Acesso em: 19 de abr. de 2016.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei. *In: Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, vol. 8, 2001. p. 65.

SPAGNOL, Rosângela de Paiva. Filhos da mãe: uma reflexão à guarda compartilhada. *In: Revista Júris Síntese Millenium*, nº 39. Porto Alegre: Síntese. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/389-filhos-da-mae-uma-reflexao-a-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 13 de set. de 2012.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

TARTUCE, Flávio. **A Lei da Guarda Compartilhada (ou alternada) obrigatória**: análise crítica da lei 13.058/2014 - Parte I. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em: 22 de abr. de 2016.

TARTUCE, Flávio. **A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória**: análise crítica da lei 13.058/14 – Parte II. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI217877,21048-A+lei+da+guarda+compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>>. Acesso em 22 de abr. de 2016.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família.** Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 05 de abr. de 2016.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *In: A nova família: problemas e perspectivas.* Vicente Barreto (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VELLY, Ana Maria Frota. **Guarda Compartilhada:** uma Nova Realidade para Pais e Filhos. Disponível em: <<http://www.ibdfam2011.eventize.com.br/index.php?pagina=6>>. Acesso em: 16 de abr. de 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Civil:** Direito de família. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIEIRA, Cláudia Stein. Reflexões quanto à guarda compartilhada. *In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes. Direito de família e das sucessões.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

ANEXO

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014.

Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei estabelece o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispõe sobre sua aplicação, para o que modifica os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Art. 2º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1.583.;;.....

.....

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

I - (revogado);

II - (revogado);

III - (revogado).

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

.....

§ 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.” (NR)

“Art. 1.584.

.....

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

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.” (NR)

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

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

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

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

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.” (NR)

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 22 de dezembro de 2014; 193º da Independência e 126º da República.

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo
Claudinei do Nascimento

Este texto não substitui o publicado no DOU de 23.12.2014 e retificado em 24.12.2014

*