

UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS

João Paulo Aissa Vasconcelos Oliveira

**A nova lei da guarda compartilhada: na contramão do princípio
do melhor interesse do menor**

**DOURADOS
Dezembro/2018**

UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS

João Paulo Aissa Vasconcelos Oliveira

A nova lei da guarda compartilhada: na contramão do princípio do melhor interesse do menor

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Mestre Antônio Zeferino da Silva Júnior.

DOURADOS
Dezembro/2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

O48n Oliveira, Joao Paulo Aissa Vasconcelos
A nova lei da guarda compartilhada: na contramão do princípio do melhor interesse do menor [recurso eletrônico] / Joao Paulo Aissa Vasconcelos Oliveira. -- 2018.
Arquivo em formato pdf.

Orientador: Antônio Zeferino da Silva Júnior.
TCC (Graduação em Direito)-Universidade Federal da Grande Dourados, 2018.
Disponível no Repositório Institucional da UFGD em:
<https://portal.ufgd.edu.br/setor/biblioteca/repositorio>

1. Guarda Compartilhada. I. Silva Júnior, Antônio Zeferino Da . II. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos quatro dias de dezembro de 2018, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **João Paulo Aissa Vasconcelos Oliveira** tendo como título "A Nova Lei da Guarda Compartilhada e o Princípio do Melhor Interesse da Criança".

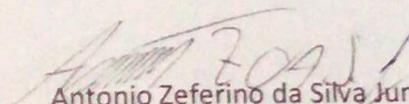
Constituíram a Banca Examinadora os professores Me. Antonio Zeferino da Silva Junior (orientador), Me. Everton Gomes Correa (examinador) e Me. Hassan Hajj (examinador).

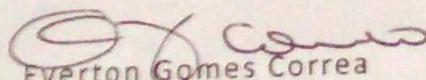
Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) APROVADO.

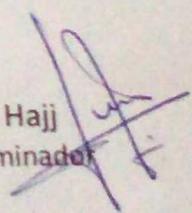
Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:


Antonio Zeferino da Silva Junior
Mestre – Orientador


Everton Gomes Correa
Mestre – Examinador


Hassan Hajj
Mestre - Examinador

RESUMO: O presente trabalho propõe um estudo à nova lei da guarda compartilhada (Lei 13.058/2014) que entrou em vigor em dezembro de 2014. Adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica. Isso é feito por meio de uma análise histórica do contexto de guarda no Brasil, conceituando e tipificando os modelos de guarda existentes no ordenamento jurídico nacional e dando destaque aos institutos jurídicos modificados pela nova lei. Objetiva-se também demonstrar que, ao antolhar o Princípio do maior interesse da criança, o legislador acabou criando situações antagônicas ao próprio princípio: quando aplicada a obrigatoriedade da lei, presume-se uma boa relação dos pais separados, o que não ocorre na maioria dos casos.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada, Nova Lei, Pátrio Poder, Poder Familiar, Pensão Alimentícia

ABSTRACT: This study proposes a study of the new shared custody law (Law 13.058 / 2014), which came into force in December 2014. Bibliographic research was adopted as methodology. This is done through a historical analysis of the custody context in Brazil, conceptualizing and typing the models of guard existing in the national legal order and highlighting the legal institutes modified by the new law. It is also intended to demonstrate that, in grappling with the Principle of the child's best interest, the legislator has created situations that are antagonistic to the principle itself: when the law is enforced, a good relation of the separated parents is presumed, which is not the case in most of cases.

Keywords: Shared Guard, New Law, Patriotic Power, Family Power, Alimony

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 8

1.	A IDÉIA DA GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO	10
2.	PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS	10
2.1	PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	11
2.2	PRINCÍPIO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL ENTRE OS FILHOS ...	12
2.3	PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR	13
2.4	PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	15
2.5	DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA	17
2.6	DOS PRINCÍPIOS DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA RESPONSABILIDADE PARENTAL	18
2.7	PRINCÍPIO DA LIBERDADE	19
2.8	DO PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL	22
3.	DO INSTITUTO DA GUARDA	24
3.1	CONCEITO HISTÓRICO DA GUARDA	24
3.2	O PODER FAMILIAR	27
3.3	CONCEITOS E TIPOS DE GUARDA	34
3.3.1	GUARDA UNILATERAL	35
3.3.2	GUARDA ALTERNADA	37
3.3.3	GUARDA NIDAL	39
3.3.4	GUARDA ATRIBUÍDA A TERCEIROS	40
3.3.5	GUARDA COMPARTILHADA	41
3.3.6	PENSÃO ALIMENTÍCIA NOS CASOS DE GUARDA	43
4.	NOVA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA – 13.058/2014	44
4.1	DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO PROJETO DE LEI	45
4.2	MUDANÇAS PROMOVIDAS PELA NOVA LEGISLAÇÃO	46
4.3	OS PRINCIPAIS CONFLITOS COM O PRINCÍPIO DO MAIOR INTERESSE DO MENOR	47
	CONCLUSÃO	49
	REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

O denominado “poder familiar” antigamente era conhecido como o pátrio poder – termo este que remete ao direito romano: “pater potesta” –, o qual era um direito ilimitado e absoluto que era conferido ao chefe da família com relação à pessoa dos filhos.

O Código Civil de 1916 resguardava o pátrio poder unicamente ao homem, o qual era o chefe da sociedade conjugal e, conseqüentemente, ganhava o status de chefe da família. Entretanto, como o surgimento do Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62) o pátrio poder passou a ser exercido pelo pai com a colaboração da mãe. Todavia, havendo divergência entre os genitores, deveria prevalecer o desejo do pai, podendo a mãe socorrer-se da justiça.

A Constituição Federal de 1988 trouxe um grande avanço social ao conceder tratamento isonômico entre homem e mulher (CF, artigo 5º, I). Ao assegurar-lhes iguais direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (CF, artigo 226, §5º), outorgou a ambos os genitores o desempenho do poder familiar com relação aos filhos. Deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais característica de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles.

Passou-se, então, a utilizar a expressão poder familiar para atender a igualdade entre o homem e a mulher no âmbito do exercício familiar. Mas o legislador se preocupou tanto em retirar a expressão “pátrio” que acabou por deixar de incluir o real sentido do conteúdo, o qual não se trata de um poder dos pais em relação aos seus filhos, mas sim a obrigação que eles possuem em prover auxílio para que a prole cresça e se desenvolva em um ambiente saudável.

Possuir a guarda é deter o poder de vigilância em relação à sua prole, preparando e dando aos mesmo os alicerces vitais para os desafios futuros de um desenvolvimento sadio.

O convívio dos filhos sob o mesmo teto em que os pais é essencial para que a transmissão de aprendizado seja profunda e plena. Quem detém a guarda, deve agir para que o tutelado goze de proteção e desenvolvimento absoluto.

Nas situações litigiosas as quais os pais se separam ou se desvinculam, é a autoridade judicial competente quem decide com quem os filhos menores deverão ficar. De todo modo, conforme é previsto no art. 229 da CF88, o instituto da guarda objetiva proteger, por meio de um guardião legal, e dar assistência a criança e o adolescente, em toda sua necessidade.

Até 2014, a legislação vigente instituía a guarda compartilhada apenas como “exceção”. O texto da Lei 11.698/08 apenas definia que quando acabava a “conjugalidade” do casal, deveria-se prevalecer a “parentalidade” sobre a prole.

Em dezembro de 2014 foi sancionada a nova lei, e ante a recente modificação, fez-se necessária um estudo de sua aplicação, utilizando pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, baseada fundamentalmente nas fontes de produção de conhecimentos científico, como legislações, obras doutrinárias, artigos científicos, revistas jurídicas, dentre outros materiais.

1. A IDÉIA DA GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

Em um processo de divórcio as crianças são as mais afetadas pela dramática alteração da estruturação familiar, e muitas vezes permanecem meio a linha de combate travada entre oponentes de maior vínculo afetivo: os pais. Deste modo, se submetem a sofrimentos que refletem diretamente em seu desenvolvimento psicológico.

Tal interação entre indivíduos da mesma família se tornou preocupação primordial do Direito, necessitando regulamentação específica para que a relação familiar na sociedade se tornasse menos conflituosa possível. Para isso, criaram-se leis específicas que transmutaram-se ao decorrer dos anos.

É o caso da nova lei da guarda compartilhada: o desafio de assegurar a cada menor a chance de desenvolvimento saudável como membro de um núcleo familiar rompido, amenizando as diferenças, aparando arestas e equilibrando a influência dos pais na vida da criança.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS

O instituto jurídico de Direito que mais recebe influência dos Princípios aos quais a CF/88 considera valores essenciais é o direito de família. Conforme mencionado pelo doutrinador Daniel Sarmiento (2003, p.55), os princípios constitucionais representam o fio condutor da hermenêutica jurídica, dirigindo o trabalho do intérprete em consonância com os valores e interesses por eles abrigados”.

Deste modo, princípios são mandamentos de otimização que buscam se compatibilizar com os sentimentos do ordenamento jurídico, a fim de propiciar uma solução mais justa e equânime para as partes envolvidas, o que alcança o intuito do Direito, qual seja a justiça e paz social (CANOTILHO, 2003, p. 1.038).

Assim sendo, não existe a possibilidade do Poder Judiciário solucionar conflitos utilizando-se apenas das leis positivadas, ou seja, os critérios para subsumir os casos concretos não são capazes de desenrolar os contratempos sociais e particulares provenientes do convívio entre as partes, motivo pelo qual faz indispensável uma nova maneira de solucionar as

diferenças, quaisquer que sejam, por intermédio da proporcionalidade na utilização dos princípios.

Ademais, deve-se afirmar então que nosso ordenamento jurídico é composto por normas, e estas, subdividem-se em regras – que se submetem ao sistema do “tudo ou nada” – e princípios – que utilizam-se do sistema da ponderação – para solucionar a casuística de forma satisfatória (ALEXY, 2008, p. 247).

Os princípios constitucionais tomaram o ordenamento jurídico como um todo, e, com muita razão, também se aplicam ao ramo do direito de família, especialmente no assunto da guarda compartilhada, objeto do presente estudo.

É difícil tentar enumerar todos os princípios que norteiam o direito das famílias, alguns não estão explícitos nos textos legais, mas possuem “fundamentação ética no espírito dos ordenamentos jurídicos para possibilitar a vida em sociedade” (FARIAS, 2009, p.55).

Não obstante, cabe elencar alguns dos princípios norteadores do direito das famílias, sem, contudo, delimitar ou, até mesmo, esgotar seu elenco.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É o princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios, consagrado como valor nuclear da ordem constitucional, posto isto afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente entre nós, falar em personalização, repersonalização e despatrimonialização do Direito Privado (FACHIN, 2001, p. 100).

De acordo com os juristas portugueses Jorge Miranda e Rui de Medeiros (2010, p. 53) a dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstrato. É o homem ou mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege.

Nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p. 68), o princípio da dignidade da pessoa humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia

privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos. Na proporção em que a ordem constitucional exaltou o referido princípio, ocorreu uma opção expressa pela pessoa.

Tal fenômeno colocou a pessoa humana no centro protetor do direito, sendo que este não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas também em promover essa dignidade por meio de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. Assim, ao mesmo tempo em que o patrimônio perde importância, a pessoa é supervalorizada.

Todavia, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou influência do que no Direito de Família. Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 124) conceitua o princípio em questão como o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.

O princípio da igualdade da pessoa humana tem por escopo igual dignidade para todas as entidades familiares, sendo indigno tratamento diverso às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família. Para concluir, podemos afirmar que o princípio da dignidade humana é o ponto de partida do novo Direito de Família brasileiro.

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL ENTRE OS FILHOS

Antigamente, os filhos não havidos no casamento eram discriminados, diminuídos perante a sociedade. Eles não possuíam os mesmos direitos que os filhos nascidos dentro de um casamento, e eram julgados como se culpados fossem pela maneira que foram concebidos. Eram “classificados” por palavras ofensivas, tais como filho bastardo, adulterino, ilegítimo, entre outros vocábulos pejorativos. Estes eram visto à margem da sociedade. Não tinham direito a nada e eram motivos de vergonha para a família (COULANGES, 1854, p. 72-23).

Todavia, com a evolução dos tempos e o desenvolvimento social, começou-se a cobrar uma postura diversa com relação a tal discriminação. A

Constituição Federal passou a assegurar iguais direitos e garantias aos filhos, não importando se esses foram frutos de um casamento ou não. Surgiu, assim, o princípio da igualdade substancial entre os filhos.

A partir deste marco, os filhos então passaram a ter iguais direitos perante os seus pais e a sociedade, não podendo, dessa forma, haver qualquer tipo de distinção entre eles, devendo os seus genitores assegurarem toda segurança e amparo, bem como vedando que a sociedade empregasse qualquer nomenclatura que os desigualasse.

A incidência da isonomia repercute tanto no campo patrimonial quanto no existencial, não sendo admitida qualquer forma de discriminação impostas aos filhos, seja utilizando-se de qualificações indevidas ou por meio de distinções jurídicas, tratando-se, portanto, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional na ótica familiar.

Segundo Tartuce (2014, p.1.114), todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange os filhos adotivos e os havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro).

Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões filho adulterino, filho incestuoso, filho ilegítimo, filho espúrio ou filho bastardo. Apenas para fins didáticos, utiliza-se o termo filho havido fora do casamento, eis que, juridicamente, todos são iguais.

Ademais, a igualdade entre os filhos concretiza a dignidade da pessoa humana, resguardado pelo Código Civil e pela Constituição.

2.3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Como já mencionado, antigamente a prole não tinha status de um sujeito de direito, devendo sempre se submeter às ordens do chefe da família, o qual possuía o pátrio poder. Porém, com o passar dos anos e, conseqüentemente, a evolução da sociedade, os filhos deixaram de ser vistos como objetos e passaram a ser observados com mais cautela perante a sociedade (DIAS, 2013, p. 434-435).

Com isso, os genitores tiveram mais deveres do que direito sobre eles, aflorando, dessa maneira, o princípio do melhor interesse do menor. Com tal

evolução, o Estado passou assegurar maior proteção para os filhos, devendo os pais promover maior base e segurança para a prole, garantindo que eles sejam sempre assistidos nessa fase de construção do caráter.

Tal princípio estabelece que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, garantindo-lhes todas as oportunidades e as facilidades para o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de dignidade e de liberdade.

Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio de melhor ou maior interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O CC/2002, nos seus arts. 1583 e 1584, acaba por reconhecer tal princípio ao regulamentar a guarda durante o poder familiar. Esses dois dispositivos foram substancialmente alterados pela Lei 11.698 de 13 de junho de 2008, que passou a determinar como regra a guarda compartilhada, a prevalecer sobre a guarda unilateral, aquela em que um genitor detém a guarda e o outro tem a regulamentação de visitas em seu favor (TARTUCE, 2011, p. 1.117).

E complementa: “ampliou-se o sistema de proteção anterior, visando atender ao melhor interesse da criança e do adolescente na fixação da guarda, o que era reconhecido 20 pelos Enunciados ns. 101 e 102 CJP/STJ, aprovados na I Jornada de Direito Civil” (TARTUCE, 2011, p.1.117-1.118).

Para Tânia da Silva Pereira (2000, p. 15), “O desafio é converter a população infanto-juvenil em sujeitos de direito, para que ela possa deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos”. O Código Civil em vigor, afirmava citado princípio, de forma implícita, em dois dispositivos. O primeiro é o art. 1.583 pelo qual prevê que, na dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, será observado que os cônjuges convençionem a respeito da guarda dos filhos. Dessa forma, caso não haja acordo, a guarda deverá ser concedida a quem revelar melhores condições para efetuar-la (C.C., art. 1.584). À vista disso, o Enunciado n. 102 do Conselho da Justiça Federal, prevê que “a expressão „melhores condições” no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”. Em que pese os artigos em questão tenham sido alterados pela Lei n.

11.698/2008, a qual passou a determinar como regra a guarda compartilhada, tal mudança surgiu justamente para assegurar o princípio do melhor interesse do menor, pois entende o legislador trazer muito mais benefícios à criança e ao adolescente a guarda compartilhada ao invés da guarda unilateral.

2.4 DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Embora não conste a palavra “afeto” no texto constitucional como direito fundamental, há que se esclarecer que o referido princípio é uma forma de garantir a dignidade de todos. Atualmente, é considerado como o principal fundamento das relações familiares.

Todo indivíduo, desde o seu nascimento até a sua morte, desfruta do direito ao afeto, ao amor. Tal princípio não é fruto da biologia, do sangue, mas sim do eudemonismo, em outras palavras, o direito de ser feliz e, mais precisamente, o direito de poder buscar a sua felicidade.

Abbagnano (2006, p. 96) compreende o afeto como sendo as emoções positivas que se referem a pessoas e que não têm o caráter dominante e totalitário. Enquanto as emoções podem referir-se tanto a pessoas quanto a coisas, fatos ou situações, os afetos constituem a classe restrita de emoções que acompanham algumas relações interpessoais (entre pais e filhos, entre amigos, entre parentes), limitando-se à tonalidade indicada pelo adjetivo “afetuoso”, e que, por isso, exclui o caráter exclusivista e dominante da paixão.

Essa palavra designa o conjunto de atos ou atitudes como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura, etc. que, no seu todo, podem ser caracterizados como a situação em que uma pessoa “preocupa-se com” ou “cuida de” outra pessoa ou em que esta responde, positivamente, aos cuidados ou a preocupação de que foi objeto.

O que comumente se chama de “necessidade de afeto” é a necessidade de ser compreendido, assistido, ajudado nas dificuldades, seguido com olhar benévolo e confiante. Nesse, o afeto não é senão uma das formas do amor (ABBAGNANO apud ANGELUCI, 2006, p. 97).

A afetividade fez nascer à equidade entre irmãos - biológicos e adotivos - e o respeito a seus direitos fundamentais. É a valorização da pessoa humana nas relações familiares.

Na jurisprudência nacional, o princípio da afetividade vem sendo muito bem aplicado, com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, predominante sobre o vínculo biológico (TARTUCE, 2006, p. 14).

A jurisprudência destaca o seguinte:

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – ADOÇÃO À BRASILEIRA – CONFRONTO ENTRE A VERDADE BIOLÓGICA E A SÓCIOAFETIVA – TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PROCEDÊNCIA – DECISÃO REFORMADA. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade sócioafetiva, decorrente da adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer à solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade sócio-afetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado (Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível 0108417-9, de Curitiba, 2ª Vara de Família. DJ 04/02/2002, Relator Accácio Cambi).

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – ADOÇÃO À BRASILEIRA – PATERNIDADE SÓCIO-AFETIVA. O registro de nascimento realizado com o ânimo nobre de reconhecer a paternidade socioafetiva não merece ser anulado, nem deixado de se reconhecer o direito do filho assim registrado. Negaram provimento. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 00502131NRO-PROC70003587250, 23 DATA 21/03/2002, Relator Rui Portanova, ORIGEM RIO GRANDE).

Do mesmo modo, aponta José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz (2002, p.11) que “a família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família”.

Assim, a família e o casamento voltaram-se ao escopo de realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes, buscando, dessa forma, a concepção eudemonista da família.

Não há dúvidas de que o afeto é o princípio norteador do direito das famílias, lembrando-se que família não se limita mais em biológica, abrindo, assim, novos horizontes, bem como resguardando e protegendo a filiação socioafetiva, prevalecendo, sem dúvida, o afeto existente entre pais e filhos.

2.5 DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA FAMÍLIA

Dispõe o art. 226, “caput”, da Constituição Federal que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado. As relações familiares devem ser analisadas de acordo com o cenário social, bem como considerando as particularidades regionais de cada localidade, visto que a sociedade não é algo estável, tendo em vista que ela muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar tais mutações.

Dessa forma, conforme Pablo Stolze Gagliano e de Rodolfo Pamplona Filho (2011, p.98) a principal função da família e a sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.

Nos dizeres de Flávio Tartuce (2014, p. 1.122), não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer a função social à própria sociedade, premissa que fecha o estudo dos princípios do Direito de Família Contemporâneo.

A existência da função social de um instituto independe de sua menção expressa em texto, seja constitucional ou legal. Partindo do pressuposto que o Direito é um produto cultural e fruto dos anseios de determinada sociedade, resulta, como óbvio, que todo instituto jurídico é criado e tem um determinado fim a cumprir.

Assim sendo, forçoso relembrar que o Texto Maior estabeleceu como direção ao ordenamento jurídico a prevalência da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não-exclusão de quaisquer direitos e garantias mesmo que não expressos, desde que

decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento (TEPEDINO, 2001, p. 48).

Destarte, deve-se conceder proteção jurídica e social a todos os tipos de famílias que estão surgindo, as quais integram a família contemporânea. É relevante notar que o texto constitucional busca trazer novos conceitos sociais, que permeiam os institutos jurídicos – como, no presente caso, a família. Com isso, o intuito do legislador é conferir maior adequação às realidades sociais, bem como aos anseios sociais, objetivando o progresso, o avanço e o melhor desenvolvimento da coletividade.

Destaca-se, portanto, que a família, na Constituição de 1988, deverá ser vista sob o aspecto social, imbuída do sentimento radicado nos fundamentos da Carta Republicana, especialmente a dignidade humana, bem como em seus objetivos, a fim de que se possa almejar o desenvolvimento necessário, com a devida atenção aos valores sociais que merecem proteção, por se tratarem de direitos fundamentais.

Até porque, como citado alhures, o Direito é dinâmico, e se distribui conforme as necessidades sociais, devendo cada instituto ser dotado de determinado fim social, o que permite se aproximar da ideia de dignidade, prevista na Carta Constitucional.

2.6 DOS PRINCÍPIOS DO PLANEJAMENTO FAMILIAR E DA RESPONSABILIDADE PARENTAL

É sabido que a Constituição Federal de 1988 traduz, no art. 226, §7º, o princípio do planejamento familiar, o que, ao fim e ao cabo, significa que o responsável pelo desenvolvimento da família é o casal, de forma a limitar o Estado sua interferência, sendo que este tem o dever de propiciar recursos que possibilitem o exercício desse direito fundamental.

Reza a Constituição Federal, em se artigo 226, §7º:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado proporcionar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada

qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privada (Brasil, 1998, p. 133).

No mesmo sentido, reafirma do Código Civil, em seu artigo 1.565, §2º:

O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (Brasil, 2002, p. 333).

É possível concluir, tanto por sede legal, como pelo Texto Maior, que a responsabilidade familiar é um princípio norteador das relações familiares. A respeito do tema, sustenta o professor Arnaldo Rizzardo (2006, p. 15 e 16):

Não há dúvidas, dessa forma, de que o escopo do planejamento familiar é a construção de núcleos familiares com condições de manter o mínimo existencial, visando, sempre, a dignidade da pessoa humana, evitando-se, dessa forma, o crescimento demográfico desordenado, bem como, fazendo com que o Poder Público proporcione recursos educacionais e científicos para efetivação do planejamento familiar.

Assim, tal princípio deve sempre estar de acordo e proporcionando a dignidade da pessoa humana aos membros de cada família. O que se busca é, a partir da liberdade de planejamento familiar, conferida ao casal, limitando a intervenção de terceiros dentro do seio familiar, conferir, através dos recursos disponibilizados, possibilidade de melhor desenvolvimento da família, a partir da garantia do mínimo para que se possa viver dignamente.

2.7 PRINCÍPIO DA LIBERDADE

O princípio em comento traduz duas facetas: a primeira diz respeito à abstenção estatal, no âmbito familiar, decorrente do princípio do livre planejamento familiar; já a segunda, identifica a liberdade entre os próprios membros da família, o que decorre do princípio da igualdade.

Reza o artigo 1.513, do Código Civil que “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” (Brasil, 2002, p. 329). Nesse sentido nasce o princípio da não

intervenção, mais conhecido como princípio da liberdade, no ramo do direito das famílias.

Sobre o supracitado princípio, esclarece Flávio Tartuce (2014, p. 1116):

Por certo que o princípio em questão mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que deve existir no âmbito do Direito de Família. O fundamento constitucional da autonomia privada é a liberdade, um dos principais atributos do ser humano (art. 1.º, III).

Ainda sobre o assunto, ressalta:

A autonomia privada não existe em sede contratual, mas também na ótica familiar. Quando se escolhe, na escalada do afeto (conceito de Euclides de Oliveira), com quem ficar, com quem namorar, com quem noivar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, está-se falando em autonomia privada. Quanto ao ato de ficar, este é o primeiro degrau da escalada do afeto, sento certo que o STJ já entendeu que tal conduto pode influenciar na presunção de paternidade, principalmente se somada à recusa ao exame de DNA (STJ, REsp 557.365/RO, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 07.04.2005, DJ 03.10.2005, p. 242).

Dessa feita, tem-se a ideia da liberdade sob a ótica de que o Estado não pode – nem deve – intervir no seio familiar, sendo que os cônjuges e a prole possuem liberdade para o desenvolvimento de suas vontades, tendo em vista o princípio do livre planejamento, já citado. Trata-se da eficácia vertical do direito fundamental à liberdade.

Em face do primado da liberdade, é assegurado o direito de constituir uma relação conjugal, uma união estável hétero ou homossexual. Há a liberdade de dissolver o casamento e extinguir a união estável, bem como o direito de recompor novas estruturas de convívio. A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (CC 1.639 §2.º) sinala que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares. (DIAS, 2013, p. 67).

Nos dizeres de Tartuce (2014, p.1116):

Retornando à análise do art. 1.513 do CC deve-se ter muito cuidado na sua leitura. Isso porque o real sentido do texto legal é que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família. Porém, o Estado poderá incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas. A CF/1988 consagra a paternidade

responsável e o planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas (art. 226, §7.º, da CF/1988). Ademais, o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, §8.º, da CF/1988).

Com isso, adverte-se que, apenas haverá a necessidade de interferência estatal no âmbito familiar se decorrente de casos excepcionais, tendo em vista a necessidade de resguardar direitos fundamentais. Fora isso, a liberdade consagrada no texto constitucional, significa que, da autonomia dos membros da família, resultará as normas a serem seguidas.

Sob outra perspectiva, tem-se o princípio da liberdade entre os membros da família, também consagrado pela Carta Magna.

Os primeiros princípios identificados como direitos humanos fundamentais foram o da liberdade e o da igualdade. Assim, o direito deve harmonizar e restringir as liberdades, para que consiga garantir a liberdade individual, pois só há liberdade se existir, sincronicamente, igualdade.

Por assim ser, evidencia-se que a liberdade dos membros da família entre si decorre de outro princípio constitucional, qual seja a igualdade.

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de 28 entidade que quiser para constituir sua família. A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal (DIAS, 2013, p. 66).

Anteriormente, o homem era conhecido como o chefe da família, devendo a mulher e a prole total submissão a ele. Entretanto, com surgimento deste princípio – liberdade entre os membros da família –, a liberdade germinou no âmbito familiar e passou a reconhecer os laços de solidariedade entre genitores e prole, bem como paridade entre os cônjuges nas relações conjugais. Assim, não se pode mais falar em pátrio poder, tendo em vista que os filhos passaram a possuir mais direito do que deveres perante os seus genitores.

Traduz, portanto, a eficácia horizontal do direito fundamental à liberdade.

Dessa forma, buscando resguardar a dignidade da pessoa humana, surgiu a liberdade individual dos membros da família. Ressalta-se que esta deve sempre andar em conformidade com a igualdade, haja vista que a liberdade de uma pessoa termina quando se inicia a liberdade do próximo.

Por assim ser, evidencia-se que as duas ideias decorrentes do princípio da liberdade permitem aferir os avanços promovidos pela Carta de 1988, no tocante à afirmação da família como instituto jurídico decorrente do planejamento de seus membros, mas, desde que, estes figurem em condições de igualdade, para que se possa melhor construir os ideais em conjunto. Tudo, em atenção ao fundamento constitucional do art. 5º, caput, CF, qual seja, a liberdade.

2.8 DO PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

Toda criança tem o direito de conhecer seus genitores, de ter uma família e uma vida digna. Assim, visando o menor interesse do menor, bem como buscando a proteção integral da criança, floresceu o princípio da paternidade responsável. À vista disso, supracitado princípio possui como escopo assegurar a convivência familiar e, no mesmo sentido, proteger o menor de qualquer forma de violência, abuso, crueldade e exploração.

Nos termos artigo 226, §7º, da Constituição Federal, e artigo 27, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado: (...) §7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (Brasil, 1998, p. 133).

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observando o segredo de justiça (Brasil, 1990, p. 1157-1158).

Guilherme Calmon Nogueira da Gama desaprova a expressão paternidade responsável, pois alega que tal termo estaria afirmando que seria capaz de existir uma paternidade irresponsável, o que não poderia ser aceito. Entretanto, em sua reflexão, esclarece que tal vocábulo teria a provável finalidade de repelir os infimos casos em que o homem não aceita, bem como não assume, as responsabilidades inerentes da paternidade, o que acarreta o surgimento de famílias monoparentais.

Acredita, por fim, que a definição correta que deveria ter sido empregada é a de parentalidade responsável, que representa a responsabilidade simultânea dos genitores, inerentes ao homem e à mulher, de buscar o bem estar físico, psíquico e espiritual de sua prole, salvaguardando, assim, todos os seus direitos fundamentais.

Infelizmente, isso se tornou uma realidade. Segundo Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 151), é necessário apenas “olhar para a realidade axiológica e deparar com a enorme quantidade de crianças registradas sem a filiação paterna”, o que não se manifesta nada de anômalo o seu abandono com o desaparecimento do genitor. Ademais, os autores prosseguem no seguinte sentido:

A paternidade e a maternidade não se dissolvem com o divórcio e os cuidados com os filhos são permanentes, pois filhos abandonados desenvolvem traumas e perturbações psicológicas. Os deveres parentais subsistem à ruptura do núcleo familiar e devem ser atendidos pelos pais que seguem atrelados às necessidades primordiais de seus filhos e em todas as áreas incidentes – materiais, psicológicas e espirituais (MADALENO, 2015, p. 152).

Guilherme Calmon Nogueira de Gama define a extensão da paternidade responsável ao alegar que:

O desejo de procriar, ínsito às pessoas em geral, não enfeixa apenas benefícios ou vantagens às pessoas, mas impõe a assunção de responsabilidades das mais importantes na sua vida cotidiana a partir da concepção e do nascimento do filho. O tipo de responsabilidade que se mostra vitalícia – ou quem sabe perpétua nas pessoas dos descendentes atuais e futuros – vincula a pessoa a situações jurídicas existenciais e 30 patrimoniais relacionadas ao seu filho, à sua descendência. Desse modo, a consciência a respeito da paternidade e da

maternidade abrange não apenas o aspecto voluntário da decisão – de procriar -, mas especialmente os efeitos posteriores ao nascimento do filho, para o fim de gerar permanência da responsabilidade parental principalmente nas fases mais importantes de formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana: a infância e a adolescência, sem prejuízo logicamente das consequências posteriores relativamente aos filhos na fase adulta – como, por exemplo, os alimentos entre parentes. Tal deve ser a consideração a respeito do sentido da parentalidade responsável, o que de certo modo se associa aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente, dentro de uma perspectiva mais efetiva e social do que puramente biológica (GAMA, 2011, p. 932).

Dessa forma, a responsabilidade se inicia desde a concepção e se prolonga até que se veja por necessário o amparo dos genitores perante a prole, devendo os pais, assim, se responsabilizarem pela educação, saúde e desenvolvimento do menor, buscando sempre garantir a sua dignidade humana. Partindo dessa premissa, encerramos o estudo dos princípios norteadores do Direito das Famílias Contemporâneo.

3. DO INSTITUTO DA GUARDA

A ruptura do vínculo conjugal traz diversos efeitos nas relações familiares, não se limitando apenas ao casal, mas também entre genitores e prole. Todavia, a falta de convivência sob o mesmo teto não limita, muito menos exclui, o poder-dever dos pais, que permanece íntegro. Dentro das atribuições do poder familiar encontra-se o instituto da guarda. Assim, neste capítulo, abordar-se-á o que consiste o poder familiar, bem como quais as modalidades de guarda.

3.1 CONCEITO HISTÓRICO DA GUARDA

Antes de falar da “guarda” propriamente dita, é necessário entendermos do que se trata o instituto do “poder familiar”, sua origem histórica e transformação ao longo dos anos, no que se refere à relação com os filhos. Waldyr Grisard (GRISARD FILHO, 2005, p. 35) ensina que no direito romano, o *pátrio poder* – coluna central da família patriarcal – era considerado um poder

análogo ao da propriedade, exercido pelo cabeça da família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas e toda outra que fosse compreendida pela grande família romana.

O Direito de Família recebeu fortemente influenciado pelo Direito Romano, o qual atribuía o poder “paternal” ao chefe da casa. Para fins de estudo da guarda compartilhada, precisamos entender a transformação da família no direito brasileiro, desde o Código Civil de 1916 até os dias atuais.

Seguindo a tendência “patriarcal” da época, o Código Civil de 1916 atendia preferencialmente os interesses do pai como chefe de família, dando-lhe autoridade pelo respaldo econômico ao que era encarregado. A mãe era mera “babá”, responsável pela educação dos filhos, enquanto o pai provia os recursos para o sustento da família.¹

Deste modo, o “pátrio poder” predominava, no qual o homem detinha a posição de dono da família e atuava como senhor das decisões. Importante salientar que hoje em dia tal terminologia se tornou ultrapassada, sendo substituída por “poder familiar”: a lei vigente equilibrou os direitos e deveres para sujeitos de ambos os sexos: CF/88 e o CC/02 definem que ambos os pais são titulares de tal poder, de forma igual. Em caso de divergências entre o casal, a parte reclamante deve buscar a justiça.²

Rememorando, ocorria forte influência do pai na direção da vida dos filhos, desde a escolha dos cônjuges dos mesmos, bem como de suas futuras profissões. A partir do século XX, a família brasileira que predominantemente vivia na zona rural, começou a mover-se para o meio urbano, o que influenciou consideravelmente a interação entre seus membros. A prole de muitos membros, que normalmente fazia-se necessária para compor a mão-de-obra da família rural, acabou deixando de ter importância e o número de filhos foi diminuindo ao longo das gerações.

O modelo de substituição das importações fez com que o Brasil alcançasse o capitalismo industrial. Esse processo foi decorrente da diminuição do valor e o volume das exportações desde a crise econômica de 1929, obrigando a se produzir localmente os produtos que antes eram importados.

¹ Art. 315 à 329 da Lei 3.071/1916

² CF/88 - Título VIII, Capítulo VII. Art.226, §5º CC/02 - Capítulo V - Art.1631

Essas alterações modificaram o contexto político nacional, e os trabalhadores urbanos ganharam maior importância. O que marcou essa transformação foi a passagem de um sistema de base agro-exportadora para uma sociedade urbana e industrial. (PRIORI, 2012)

Neste novo modelo urbano concentrado, o custo humano para a busca pela qualidade de vida se tornou muito mais degradante. Leciona Sonia Mendonça que (MENDONÇA, 2004, p. 52) duas classes sociais cresceram e se fortaleceram nessa época. A primeira foi a burguesia industrial, que era originada do café ou de imigrantes endinheirados que vinham fazer fortuna no Brasil. A segunda foi a classe operária, composta, sobretudo, de imigrantes pobres, que não conseguiam emprego nos países de origem. Os trabalhadores eram super explorados, enfrentavam jornadas de trabalho de 16 horas, ganhavam baixos salários e eram muito heterogêneos, o que dificultava sua organização política. Os operários eram vigiados e controlados, mantidos em bairros próprios, e o número de acidentes de trabalho eram estratosféricos, devido as condições de insalubridade.”

Neste novo modelo, novas necessidades surgiram: moradia, transporte, educação, etc. O pai não conseguia mais prover o sustento da família sozinho e a mulher acaba entrando no mercado de trabalho, colaborando com a economia familiar e deixando de ser submissa nas decisões familiares. Do mesmo modo, o homem deixou de cuidar somente do sustento, passando a se preocupar com a educação dos filhos, acarretando num certo “equilíbrio” do poder familiar.

Ao longo do século vinte, algumas teorias ainda tentaram colocar a mãe como pilar importante na criação dos filhos, podendo causar dano irreparável se separada dos mesmos. Porém, com sua progressiva inserção da mulher no mercado de trabalho e maior participação do pai na divisão de tarefas, a estrutura familiar modificou-se no que tange a preferência da mãe como referência para a guarda. Essa mudança evolutiva de comportamento aparece na CF/88 no inciso I, art. 5: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta constituição”. E ressaltando esse equilíbrio, no art. 226 § 5, nivela-se os cônjuges na chefia do lar: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Com isso, observa-se uma grande mudança no quadro familiar brasileiro, onde se vê uma alteração do modelo patriarcal para um modelo equilibrado de poder nas famílias, ou seja, a influência foi do pátrio poder ao poder familiar, nomenclatura atual deste domínio. A criação da Nova Lei da guarda compartilhada (13.058/14) é reflexo de toda evolução histórica aqui relatada.

3.2 O PODER FAMILIAR

A expressão que melhor estampa esta modificação teórica e que mais apresenta empatia da doutrina é *autoridade parental*, pois, nos dizeres de Maria Berenice Dias (2013, p. 435), a prole “deixou de ter um sentido de denominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles”.

Tal transformação ocasionou mudanças no poder familiar, o qual passou a ter como razão natural a proteção e os cuidados que os filhos necessitam ter perante os seus genitores, desde o seu nascimento até atingirem a sua capacidade cronológica.

Os pais devem assegurar a felicidade de sua prole, buscando garantir a dignidade humana, o melhor interesse do menor, empenhando-se sempre para garantir a realização pessoal de seus filhos. Conforme Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 27):

O poder familiar já não se trata mais de um exercício de poder unilateral e incontestável dos genitores sobre os seus descendentes, muito pelo contrário, é acima de tudo uma obrigação dos pais com os seus filhos, um dever assumido com o nascimento da prole para garantir todos os meios necessários ao pleno desenvolvimento dos sucessores.

A criança nasce indefesa e necessita de seus genitores para subsistir, pois encontra-se impossibilitada de suprir suas necessidades básicas e pessoais, sendo, dessa forma, indispensável a proteção e os cuidados de seus genitores. Portanto, essa dependência se perdura por longos anos.

Por esse motivo é que se argumenta que o poder familiar não se trata de um poder, mas sim de um compromisso que os pais possuem perante os

seus filhos, o qual se deriva da paternidade e da maternidade, bem como decorre da lei. Podendo, nesse sentido, deduzir que o supramencionado instituto deriva-se de um conjunto de direitos e deveres impostos aos genitores para que eles amparem seus filhos menores e não emancipados, no que diz respeito as suas vidas pessoais, bem como sobre os seus patrimônios. Pronuncia-se Maria Berenice Dias (2013, p. 436):

O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível, e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família.

De acordo com Jamil Miguel (2015, p. 7):

Todavia, por mais que as relações entre pais e filhos devam ser democráticas, numa projeção horizontal e não mais vertical como antigamente, é inconcebível que se não reconheça aos pais, no sagrado direito e dever de criar e educar os filhos, um mínimo de autoridade para fazer valer suas decisões, as quais devem ser acatadas pelo filho, desde que fundadas em motivo relevante, segundo os valores sociais vigentes e os juízos de proporcionalidade e razoabilidade, visando o amparo e preparo dos menores para se converterem em adultos saudáveis em todos os sentidos que se possa compreender a expressão, no estágio atual do conhecimento em ciências humanas e sociais.

A respeito da função do poder familiar, afirma Massimo Bianca:

O poder familiar (potesta genitoria) é a autoridade pessoal e patrimonial que o ordenamento atribui aos pais sobre os filhos menores no seu exclusivo interesse. Compreende precisamente os poderes decisórios funcionalizados aos cuidados e educação do menor e, ainda, os poderes de representação do filho e de gestão de seus interesses (BIANCA apud LÔBO, 2010, p. 293).

Assim, em caso de rompimento do relacionamento entre os genitores, tal fato não deve influenciar na relação entre pais e filhos, pois o poder familiar independe do relacionamento afetivo que os pais venham a ter. O direito de confraternização familiar está resguardado no nosso ordenamento jurídico e,

dessa forma, deve ser respeitado, tendo em vista tratar-se de uma garantia tanto do menor como, também, de seus pais.

O Texto Maior certifica que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, bem como que os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (artigo 229). Reconhecendo, nesse sentido, o dever solidário nas relações familiares.

Em última análise, os pais possuem o dever legal no sustento, na guarda e educação dos filhos menores, devendo suprir as carências de sua prole conforme as suas necessidades pessoais. Todavia, com o decorrer dos anos, os menores vão se desenvolvendo e evoluindo com a sua capacidade de escolhas, o que, conseqüentemente, acaba reduzindo igualmente o poder familiar.

É difícil o Estado entrar no seio familiar e passar a delimitar o que é certo ou errado na atitude dos genitores perante a prole, pois cada família educa de acordo com as suas crenças e noções que acredita ser a melhor forma de ensinar. Assim, não é possível ser fixado um modelo pelo Estado de “como educar seus filhos”, restando nítido a sua incompetência para legislar a respeito do tema.

Porém, há algumas diretrizes universais que não só podem, mas como devem ser utilizadas pelo Estado para delimitar os direitos e deveres que os sucessores possuem ao tomarem as decisões sobre os seus filhos, a fim de resguardar os direitos e deveres fundamentais inerentes a eles, buscando sempre a proteção da prole.

Compreende Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 31):

Aos pais sempre coube o dever natural de guiar sua prole de acordo com o entendimento único daquilo que compreendem ser a melhor orientação para a criação dos seus descendentes, mas, como abordado no tópico anterior, tal prerrogativa tem como finalidade proteger os verdadeiros interesses dos menores, inclusive aqueles de ordem patrimonial, e por isto foi resguardado ao Estado a possibilidade de intervir nas relações paterno-filiais sempre que houver fundado receio.

Conforme já mencionado, o poder familiar é irrenunciável, imprescritível, inalienável e indisponível. Posto isso, a dissolução da relação conjugal não altera a relação entre pais e filhos (CC artigo 1.632). Nos dizeres de Conrado Paulino de Rosa (2015, p. 18):

Necessário distinguir que os papéis de marido e mulher, companheira e companheiro são extintos na dissolução do relacionamento afetivo, mas, por outro lado, para sempre o vínculo de parentalidade permanecerá. Enquanto existe a figura do “ex-marido” e “ex-mulher”, não existe a figura do “ex-filho”.

Entretanto, sempre que os genitores não respeitarem tais direitos e deveres da prole, o Estado, visando o melhor interesse do menor, intervirá no espaço familiar, o que poderá acarretar a suspensão, a extinção e, por fim, a perda do poder familiar. Tratando-se, sem dúvida, de uma forma de proteger o infante de eventuais abusos que possa a sofrer.

Sobre o tema afirma Maria Berenice Dias (2013, p. 444):

Quando um ou ambos o genitores deixam de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, mantendo comportamento que possa prejudicar o filho, o Estado deve intervir. É prioritário o dever de preservar a integridade física e psíquica de crianças e adolescentes, nem que para isso tenha o Poder Público de afastá-los do convívio de seus pais.

Prossegue a autora dizendo:

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

Mas esta interferência estatal no íntimo da família é medida excepcional, bem como viola a privacidade familiar. Porém tal ato se torna necessário para resguardar o melhor interesse do menor. Posto isto, deve ser realizada com muita cautela e sempre com o escopo de satisfazer o interesse da família – o que não há dúvidas de que manter os laços do convívio familiar tem grande relevância.

Para Denise Damo Comel (2003, p. 266), é mais válido esforçar-se para readmitir o genitor omissor ao efetivo cumprimento dos deveres da parentalidade do que meramente destituí-lo de suas obrigações e deixar seus dependentes em situação de desamparo.

Importante salientar que tanto a suspensão, como a extinção do poder familiar, não rompe com o direito que a criança e o adolescente possuem de receber alimentos de seus genitores, mesmo que o eles venham a ser colocado no seio de uma família substituta ou sob tutela.

Ademais, ainda que a lei resguarde as causas de suspensão e de extinção do poder familiar, o magistrado possui ampla liberdade ao analisar cada caso concreto, pois o código traz apenas hipóteses genéricas.

A suspensão é uma determinação menos grave, tanto é que, solucionada a causa que a ensejou, pode ser reavaliada e cancelada, visando sempre o melhor interesse do menor. Segundo Maria Berenice Dias (2013, p. 445 e 446):

A suspensão é facultativa, podendo o juiz deixar de aplicá-la. Pode ser decretada com referência a um único filho e não a toda a prole. Também pode abranger apenas algumas prerrogativas do poder familiar. Em caso de má gestão dos bens dos menores, é possível somente afastar o genitor da sua administração, permanecendo ele com os demais encargos.

Assegura o Código Civil em seu artigo 1.637, “caput”, e parágrafo único (Brasil, 2002, p. 338):

Se o pai, ou a mãe, abusar da autoridade, faltando ao deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. (...) Parágrafo único: Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a 2 (dois) anos de prisão (grifei).

Nesse caso, o poder familiar será realizado plenamente pelo outro genitor. Todavia, caso a suspensão venha a atingir ambos os genitores, será nomeado um tutor, conforme reza o artigo 1728: “os filhos menores são postos em tutela; (...) II- em caso de os pais decaírem do poder familiar”.

Explica Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 43):

A suspensão se trata de medida derradeira quando inexistem outras soluções para proteger a integridade física e patrimonial

do filho menor, e cuja duração será mantida enquanto estritamente necessário, ao passo que, tão logo surta o efeito desejado pelo juiz, o impedido pode voltar a exercer o poder familiar.

No tocante a suspensão do poder familiar ao genitor condenado por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão, entende Maria Berenice Dias (2013, p. 446):

Desarrazoada a suspensão do poder familiar em face de condenação do guardião, cuja pena exceda a dois anos de prisão (CC 1.637 parágrafo único). Tal apenação não implica, necessariamente, em privação da liberdade em regime fechado ou semiaberto, porquanto a lei penal prevê o cumprimento da pena igual ou inferior a 4 anos em regime aberto (CP 33 §2º c), sem falar na possibilidade de substituição da pena por sanções restritivas de direito (CP 44). Ao depois, existem creches nas penitenciárias femininas, e as mães ficam com os filhos em sua companhia, ao menos enquanto forem de tenra idade. Como a suspensão visa atender ao interesse dos filhos, descabida a sua imposição de forma discricionária, sem qualquer atenção ao que mais lhes convém.

Já perda do poder familiar é uma medida mais grave a ser tomada, a qual ocorre apenas em casos mais sérios, ou seja, os que podem acarretar consequências mais nocivas aos filhos. Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2013, p. 446), “a perda do poder familiar é sanção de maior alcance e corresponde à infringência de um dever mais relevante, sendo medida imperativa, e não facultativa”.

As hipóteses de perda do poder familiar estão arroladas no Código Civil, em seu artigo 1.638, o qual afirma que (Brasil, 2002, p. 338) “perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que” (I) castigar imoderadamente o filho; (II) deixar o filho em abandono; (III) praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; (IV) incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Os pais possuem o dever de educar seus filhos, o que lhes concede o direito de correção. Todavia, referido direito encontra-se respaldado na imposição de limites e disciplinas necessárias para que os menores os respeitem, para que, dessa forma, consigam educa-los de forma eficaz.

Assim, nos dizeres de J. V. Castelo Branco Rocha (1978, p. 294), o abuso de tal direito apresenta-se em desfavor ao que objetiva a lei, motivo pelo qual confere uma sanção ao genitor que realizou tal atitude desmedida, gerando, inclusive, a decadência do poder familiar.

Sobre o assunto mencionam Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 49):

Quem maltrata seu próprio filho não tem condições de exercer o poder familiar, ademais, configura crime previsto no art. 136 do CP expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob a sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer provando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina.

Prosseguem argumentando:

Para configurar o abuso de poder não é preciso que determinada conduta seja reiterada, bastando um único episódio de agressão desmedida, até porque um único ato de descontrole, por muitas vezes, poderá assumir proporções mais graves do que maus tratos repetidos.

Por fim, com relação à extinção do poder familiar, o Código Civil (Brasil, 2002, p. 338), em seu artigo 1.635, enumera as hipóteses em que tal instituto poderá ocorrer, qual seja: (I) pela morte dos pais ou do filho; (II) pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; (III) pela maioridade; (IV) pela adoção; (V) por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

A decisão judicial deve sempre ter como foco principal o bem-estar do menor, logo, a perda do poder familiar muitas vezes não irá representar a medida mais eficiente, posto que a extinção deste vínculo tão importante poderá acarretar prejuízos muito superiores aos atos praticados pelos ascendentes e, até mesmo, configurar uma atitude desproporcional, razão pela qual o legislador deixou a critério do julgador a melhor análise da situação, conferindo-lhe a discricionariedade necessária para averiguar no caso concreto qual a solução mais adequada (MADALENO, 2015, p. 54).

Assim, tais institutos devem sempre ter como finalidade resguardar o melhor interesse do menor, visando garantir uma vida digna aos filhos.

Ressaltando-se que tais decisões 40 sempre serão ponderadas pelo juiz, o qual irá analisar, em cada caso concreto, o que trará maiores benefícios para a criança e o adolescente.

3.3 CONCEITOS E TIPOS DE GUARDA

A palavra “guarda” tem sua origem do latim *guardare* e no germânico *wardem*, e possuem significados semelhantes, como proteger, conservar, olhar e vigiar. De Plácido e Silva (1990, p.365) ensina:

“Derivado do latim alemão *warten* (guarda, espera), de que proveio também o inglês *warden* (guarda), de que se formou o francês *garde*, pela substituição do *w* em *g*, é empregado, em sentido genérico, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração. E com os sentidos assinalados, é empregado na composição de várias locuções em uso na linguagem jurídica.”

No direito brasileiro existem vários tipos de guarda, mas neste trabalho iremos enfatizar cinco tipos: Unilateral, Alternada, Nidal, Atribuída a terceiros e Compartilhada.

Embora apresentem características distintas entre si, nenhum deles afeta a relação do Poder Familiar que os pais tem em relação aos filhos, mas sim apenas ao tempo que irão permanecer com os mesmos. É o que prevê Rolf Madaleno (2009, p. 347):

“A Guarda não afeta o poder familiar dos pais em relação aos filhos, senão quanto ao direito de os primeiros terem em sua companhia os segundos. A guarda é atributo do poder familiar e compete aos pais ter os filhos em sua companhia e custódia.”

Os tipos de guarda e conceituação estão previstos no art. 1583 do CC/02:

“Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).
§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

3.3.1 GUARDA UNILATERAL

Com o rompimento do vínculo conjugal, deve-se regularizar a quem dos cônjuges, companheiros ou pais caberá à guarda do filho. Segundo Jamil Miguel (2015, p. 17):

A regra, ao longo do tempo, tem sido a guarda unilateral, concebida sobre o fundamento de que, desfeito o domicílio comum, não será mais possível que os filhos permaneçam sobre a companhia ou autoridade direta de ambos os genitores, devendo um deles apenas assumir esse múnus diretamente, enquanto o outro, salvo razões excepcionais que não a recomendem, se confere a prerrogativa compensatória do chamado direito de visitas.

Tendo em vista o papel histórico conservado pelo patriarcado, era resguardada a mulher a guarda de seus filhos, pois esta é quem era responsável pela educação e criação dos filhos, haja vista que cabia ao homem o papel de chefe da família, o qual era responsável pelo sustento da casa.

De acordo com o artigo 1.583, §1º, da nossa codificação civil (Brasil, 2002, p. 335), a guarda unilateral é aquela concedida para apenas um dos genitores ou outra pessoa que o substitua, sendo que este terá, além da custódia física, o poder de decisão sobre a vida do menor. Nesse sentido resguarda o artigo “compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, §5º)”.

Antes da publicação da Lei nº 13.058/2014, o artigo 1.583, 2º, do supracitado Código, trazia a seguinte redação:

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

- I- Afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II- Saúde e segurança;
- III- Educação.

Ainda, segundo o parágrafo terceiro do mesmo dispositivo, a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a zelar os interesses dos filhos, concedendo-lhe, também, o direito de supervisionar sua manutenção e educação. Entretanto, nos dizeres de Maria Berenice Dias (2013, p. 458), mesmo havendo o direito de vistas, “a guarda unilateral afasta, sem dúvida, o laço de paternidade da criança com o pai não guardião”.

Citado instituto da guarda era aplicado como regra geral, todavia, com o surgimento da Lei nº 13.058/2014, o Código Civil passou-se a dar preferência à guarda compartilhada. Nesse sentido, prevê a nova redação do artigo 1.584, em seu parágrafo 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 (Brasil, 2002, p. 335).

A guarda compartilhada, que será abordada adiante, portanto, tem preferência legal sobre a unilateral, que somente será cabível no caso de um dos genitores declarar ao magistrado o desinteresse pela guarda do menor. A este respeito, Segundo Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 56):

Mesmo com a previsão legislativa, comungamos do pensamento de que o promotor e o magistrado, utilizando, se necessário, da equipe interdisciplinar, devem investigar os motivos que levam esse genitor a manifestar seu desinteresse. Sabe-se que, cada vez mais, a órbita privada deve ser respeitada, mas, considerando a doutrina da proteção integral, mostra-se imperiosa a apuração das razões que levam um dos genitores a optar por essa via. Tal postura evitaria, inclusive, a perpetuação de um quadro de alienação parental iniciado durante o período de união do casal, solidificado em sentença, determinando a guarda exercida de forma unilateral por um dos genitores.

Ademais, não raras exceções, o genitor que não detinha a guarda não exercia com integralidade o papel que lhe caberia no exercício do poder familiar, principalmente no que diz respeito à convivência e proximidade mais íntima com o filho.

Do contrário, era comum que os pais durante a dissolução do relacionamento disputassem litigiosamente a guarda do menor. Entretanto, é

certo que muitas vezes tal conduta não se verificava com a preocupação com o melhor interesse de seus filhos, mas sim como uma forma de atingir o ex-companheiro, tratando, em outras palavras, a criança como um objeto.

Nesse sentido Rolf Madaleno diz que:

Não é nada infrequente os juízes se depararem com disputas judiciais, cujos pais vindicam a primazia da condição de guardador, muitas vezes motivados por seus egoísticos interesses pessoais, em que visam a causar danos psíquicos ao ex-cônjuge do que o verdadeiro bem-estar do filho, mera peça deste jogo de poder, vítima da ascendência e irreversível prepotência daqueles incapazes de criar e preservar vínculos simples de amor. Tudo o que o juiz não pode é confundir o bem do filho com o desejo do filho, pois nem sempre sua vontade é suficientemente madura para decidir pelo que realmente lhe convém (MADALENO apud ROSA, 2015, P. 57).

Ainda sobre o tema menciona Jamil Miguel (2015, p. 19):

O orgulho ferido, sopitado em ódio contra o parceiro, que fora outrora, destinatário do amor e carinho, passava a ser o móvel comum na conduta dos cônjuges ou companheiros, arrastando, nesse desiderato passional, os filhos, cuja guarda representava o instrumento de segurança da vitória, com a certeza da vingança contra o parceiro, ainda que esse se desse, em alguns casos, de maneira inconsciente.

Para finalizar, se a guarda unilateral não for bem executada pelo guardião, esta poderá acarretar sérios reflexos na vida pessoal do menor, entre elas, o surgimento da síndrome da alienação parental.

3.3.2 GUARDA ALTERNADA

A guarda alternada, apesar de não ter previsão em nosso ordenamento jurídico, é equivocadamente confundida com a guarda compartilhada. Tanto é assim que este mal entendido dificultou a melhor aplicação, desde a edição da Lei n. 11.698/2008, do instituto da guarda compartilhada no direito brasileiro. Segundo Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 112):

A guarda alternada e a guarda compartilhada física (Lei 13.058/2014) são muito semelhantes, na medida em que, ambas presumem a divisão da custódia física da criança e, por isto, estas duas espécies de guarda implicam constantes e rotineiros deslocamentos do menor, situação que, por certo, não atende aos melhores interesses dos infantes pois, como visto ao longo deste capítulo, carecem de uma moradia de referência e precisam viver em um ambiente previsível e estável para possibilitar o sadio e regular desenvolvimento.

Jorge Augusto Pais de Amaral (1997, p. 168), conceitua a guarda alternada como a:

Possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser de um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada do dia a dia e, 43 conseqüentemente, durante este período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder parental.

Assim, a guarda alternada nada mais é do que a alternância da guarda material da prole perante seus genitores, como por exemplo, o filho passar uma semana com a sua genitora e a outra com o seu genitor.

Nos dizeres de Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 59):

Esse modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuído a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o filho mora com cada um dos pais. Dessa forma, cada um dos genitores, no período de tempo preestabelecido a cada um deles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental.

Todavia, essa alternância acaba beneficiando muito mais o que os genitores entendem por serem os seus direitos do que o melhor interesse da prole, os quais podem acabar sofrendo grandes desconfortos com a situação, bem como perder suas referências.

Para Silvio Neves Baptista (2008, p. 31), a guarda alternada “constitui em verdade uma duplicidade de guardas unilaterais e exclusivas. Isso obriga que os filhos tenham mais de um local para morar sem um ponto de referência”, o que faz com que “o menor perca um dos seus principais elementos de segurança, que é o referencial de espaço”.

Ainda sobre o tema alegam Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 113):

Outro ponto negativo da guarda alternada é que, quando presente uma animosidade entre eles, facilita o conflito entre os genitores, pois, em função das rotinas de trocas de guarda, os genitores acabam se encontrando com uma frequência maior, e neste verdadeiro vai-e-vem dos filhos, há também uma tendência, naqueles casais conflituosos, de culpar o ex-cônjuge por todo e qualquer acontecimento e fugir da própria responsabilidade, com mudanças no cronograma de última hora devido aos seus interesses particulares.

Destarte, referida modalidade nada mais é do que o reflexo egoísta dos genitores que pensam na prole como sendo objetos de posse, suscetíveis de divisão, o que vai a desfavor ao princípio do melhor interesse do menor.

3.3.3 GUARDA NIDAL

A palavra “nidal” tem origem do latim “nidus”, a qual quer dizer ninho. Nesse sentido, tal instituto de guarda busca a acepção de que os filhos, mesmo após o rompimento do vínculo conjugal entre os seus genitores, conservam-se no “ninho”. Nos dizeres de Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 113):

O aninhamento é uma ficção jurídica, um tipo de guarda totalmente impraticável, porque em vez de o menor se deslocar entre as residências dos seus progenitores, tal qual ocorre com a guarda compartilhada e com a guarda alternada, neste modelo, os pais se revezam em períodos alternados de tempo para a morada onde vive o filho. Dessa forma, cada um dos pais deveria ter a sua residência individual, e ainda uma terceira moradia para acomodar o filho e alternar o tempo de convívio.

Ademais, segundo Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 60):

Caso exista o entendimento entre os genitores – e capacidade econômica para isso -, poderá o Juiz homologar a fixação da guarda nidal, vez que, por certo, terá o filho o sabor de estruturação e corresponsabilidade que lhe trará ótimos frutos em sua vida.

Nesse contexto, um dos inúmeros benefícios que essa modalidade traz à prole é que os menores não irão alternar entre as residências de seus genitores, o traduz não apenas a possibilidade de obter um só guarda-roupa, espaço de estudos e lazer, mas sim - e principalmente -, a oportunidade de alcançarem um ponto de referência.

3.3.4 GUARDA ATRIBUÍDA A TERCEIROS

A guarda é um atributo do poder familiar, e aquela compreende o direito e o dever dos genitores em desfrutar do bom convívio com seus filhos, garantindo-lhes custódia material, cultural e patrimonial.

Assim, por via de regra, tal modalidade deve ser exercida pelos pais do menor. Entretanto, reza o artigo 1.584, §5º, do Código Civil, que:

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (Brasil, 2002, p. 335).

Nesse sentido, quando o magistrado observar que o menor está sujeito a qualquer risco, seja físico ou psicológico, caso permaneça na presença de seus pais, deverá atribuir a guarda a outra pessoa, tendo sempre como prioridade para exercer tal finalidade os integrantes da família extensa ou ampliada, como por exemplo, os avós e tios.

Ainda sobre o tema ressalta Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 62):

Diferentemente da tutela, a guarda não implica destituição do poder familiar, mas sim a transferência a terceiros componentes de uma família substituta provisória da obrigação de cuidar da manutenção da integridade física e psíquica da criança e do adolescente.

Ademais, de acordo com o artigo 33, do Estatuto da Criança e do Adolescente, “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais”. Deste modo, poderá o guardião pleitear

perante os genitores do menor qualquer assistência que se apresente necessária para o pleno desenvolvimento da criança.

3.3.5 GUARDA COMPARTILHADA

A presente modalidade de guarda será causa de um estudo mais aprofundado no próximo capítulo. Insta salientar, entretanto, que a guarda compartilhada foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei n. 11.698/2008, a qual remodelou o texto dos artigos 1.583 e 1.584 do atual Código Civil.

Nesse viés, citada lei conceituou o instituto da guarda compartilhada, a qual, posteriormente, sofreu novas mudanças e efetou-se com mais força com o advento da Lei n. 13.058, de 22 de dezembro de 2014.

Assim, com fulcro no artigo 1.583, §1º, do Código Civil, o legislador conceituou a guarda compartilhada como sendo “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” (Brasil, 2002, p. 335).

De acordo com Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 63):

A guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões e afetem os filhos. Sua proposta é manter os laços de afetividade, buscando abrandar os efeitos que o fim da sociedade conjugal pode acarretar aos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais.

Ademais, entre outras inúmeras vantagens, a guarda compartilhada visa coibir a síndrome da alienação parental, tendo em vista que, para que esta ocorra, o alienador tende com que com o outro genitor seja alvo de ódio pela criança, para que, dessa forma, seja o único detentor do menor.

Ainda sobre o tema, ressalta Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 70):

É inequívoco que a guarda compartilhada mantém e até estreita os vínculos de ambos os pais com os filhos, evitando, em grande medida, a síndrome da alienação parental, auxiliando a criação e educação e mantendo os vínculos com a família e as referências materna e paterna, o que é benéfico, já que ambos

os genitores assumem, em igualdade, a responsabilidade de cuidado, criação e educação. Por outro lado, a guarda compartilhada pode ser extremamente prejudicial à formação dos filhos, em havendo disputas entre os pais e a criação com valores diferentes entre um e outro genitor, acarretando a ruptura nos referenciais de continuidade.

Dessa maneira, ao cessar com as desavenças, a criança conseqüentemente passa a ter um crescimento saudável, bem como com uma formação apta a compreender os traumas passados, tornando-o autor da própria vida e não uma herança negativa de um relacionamento amoroso fracassado.

O instituto da guarda compartilhada, nesse sentido, trouxe um novo horizonte para a vida da prole de pais separados, pois está efetivou a diretriz de que a separação não é da família parental, mas sim da família conjugal. Os filhos, assim, não devem se distanciar dos seus genitores com a separação, mas sim continuar com sua rotina sendo assistidos juntamente por ambos os pais.

Forçoso lembrar que guarda conjunta não significa guarda repartida. Da mesma forma já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais dizendo que 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 corresponsabilidade, consiste, em verdade, em „guarda alternada“, indesejável e inconveniente, à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação n. 1.0056.09.208739-6/002, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Fernando Caldeira Brant, publ. 9-1-2014).

De acordo com jurista mineiro Dimas Messias de Carvalho (2010, p. 71), o estabelecimento da guarda compartilhada: “a) mantém e estreita os vínculos com ambos os pais; b) estreita a síndrome da alienação parental; c) auxilia na criação e educação do filho; d) mantém os vínculos com a família; e) mantém as referências paterna e materna”.

Para Eduardo de Oliveira Leite (2003, p. 282):

A guarda conjunta conduz os pais a tomarem decisões conjuntas, levando-os a dividir inquietudes e alegrias, dificuldades e soluções relativas ao destino dos filhos. Esta participação de ambos na condução da vida do filho é extremamente salutar à criança e aos pais, já que ela tende a

minorar as diferenças e possíveis rancores oriundos da ruptura. A guarda comum, por outro lado, facilita a responsabilidade cotidiana dos genitores, que passa a ser dividida entre pai e mãe, dando condições iguais de expansão sentimental e social a ambos os genitores.

Para finalizar, não se pode confundir o instituto da guarda com convivência. Nos dizeres de Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 65):

Imperioso ressaltar, nessa esteira, que guarda e convivência são institutos distintos. Embora comumente confundidos, o primeiro diz respeito ao modo de gestão dos interesses da prole – que pode ser feita de forma conjunta ou unilateral – e o segundo, anteriormente tratado como direito de visitas, versa sobre o período de convivência que cada genitor terá com os filhos, sendo necessária a sua fixação em qualquer modalidade de guarda.

A guarda compartilhada, assim, prioriza o melhor interesse da criança e do adolescente, não permitindo com que um dos genitores se porte como mero coadjuvante na vida e criação de seus filhos ao limitar-se apenas em auxiliar com a pensão de alimentos e ganhar como “brinde” o direito de visitas. Nesses termos, o objetivo maior desse instituto é a reunião de esforços dos pais para melhor atender as necessidades do menor.

3.3.6 PENSÃO ALIMENTÍCIA NOS CASOS DE GUARDA

De acordo com a CF/88, homens e mulheres têm direitos e obrigações iguais no que se refere à pensão alimentícia. Todavia, pelo caráter histórico das legislações patriarcais, há certo predomínio da detenção de guarda pela mãe. Recentemente, com a criação da Nova Lei da Guarda Compartilhada, gradualmente está ocorrendo uma mudança nessa realidade.

Importante ressaltar que independentemente de como ocorra a decisão na guarda filhos, há relação direta com o assunto “pensão alimentícia”. O artigo 5º inciso I da CF/88 declara que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, ou seja, a obrigação de prestação de alimentos é tanto do pai quanto da mãe. Embora não conceituada pelo nosso Código Civil, ela é assunto de extrema relevância nas varas de família do país. Assin define Waldyr Grisard Filho:

“Nosso Código Civil não conceituou o que sejam *alimentos*. Compreende-se essa obrigação primária na satisfação das necessidades básicas do menor (alimentação, vestimenta, habitação, instrução e educação, medicamentos e saúde, higiene e lazer), que deve ser atendida por ambos os genitores, na proporção de seus recursos. Pesa, portanto, por igual, sobre ambos os genitores”³

A pensão alimentícia é um valor que há de ser pago, todos os meses, pela parte que tem de assegurar o sustento do filho menor. A quantia poderá ser acordada entre as partes e, caso não haja consenso, deverá ser determinada pelo juiz, atendendo o binômio necessidade/possibilidade.

Normalmente é paga em dinheiro, seja por depósito ou desconto em folha de pagamento. Por outro lado, o responsável pela pensão pode fazer um acordo para pagar de outras maneiras como, por exemplo, assumir a mensalidade da escola, prover vestuário ou necessidades médicas, etc.

Ademais, com base na CF 88 e CC 02 o dever de pagar a pensão alimentícia não é de exclusividade dos pais. Na ausência dos mesmos, o compromisso deve ser responsabilidade de outro parente, como por exemplo os avós. Esta obrigação da pensão se estenderá até que o filho atinja a maioridade, quando se casam ou então até que acabem os estudos.

Importante ressaltar que embora não haja regras de pagamento específicas para cada modalidade de guarda, naquelas três acima relatadas há uma forma de pagamento singular da obrigação. Na “guarda unilateral” quem normalmente provê o pagamento da mesma é o genitor que não detêm a posse do menor. Na “guarda alternada”, do mesmo modo em que ocorre a posse igualitária do menor, a responsabilidade pelo sustento também se dá mesma forma. Já na “guarda compartilhada”, o pagamento de pensão se faz na melhor forma que os pais acordarem, sempre priorizando o bem-estar da criança.

4 NOVA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA – 13.058/2014

A essência da nova Lei define-se pela obrigatoriedade da aplicação da modalidade compartilhada nos casos em que não houver acordo entre os pais, nos processos de separação ou divórcio. Anteriormente nesses casos,

³ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada – Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 111.

aplicava-se a guarda unilateral e, normalmente era a mãe que detinha a guarda. A partir de sua vigência, o magistrado é quem estabelece a modalidade da guarda compartilhada, analisando o que for mais conveniente para os menores.

4.3 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO PROJETO DE LEI

O instituto da guarda compartilhada começou a ser previsto em nossa legislação com o advento da Lei 11.698/2008. Embora já existente há 08 anos, observou-se que os cônjuges que objetivavam o fim da união ainda não possuíam muitas informações sobre a importância da modalidade de guarda em compartilhamento.

A sanção da lei de 2008 veio para acrescentar o termo “guarda compartilhada” na legislação brasileira. Todavia, a guarda unilateral ainda continuou sendo a modalidade de guarda mais adotada pelos casais em separação ou divórcio, seja por falta de informação dos pais ou mesmo dos juízes.

Nessa conjuntura, a partir do projeto de lei n. 117 de 2013, do deputado Arnaldo Faria de Sá, promulgou-se a Lei 13.058/2014, a qual desencadeou outro ordenamento em relação a guarda compartilhada, transformando-a em obrigatória.

Segue abaixo parte do Relatório da Comissão de Direitos Humanos para aprovação do texto de lei, redigido pela relatora Angela Portela:

“(…)o projeto especifica a necessidade de divisão equilibrada do tempo de convivência dos filhos com a mãe e o pai; possibilita a supervisão compartilhada dos interesses do filho; fixa multa para o estabelecimento que se negar a dar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos; dá preferência à oitiva das partes perante o juiz, em caso de necessidade de medida cautelar que envolva guarda dos filhos; e determina que ambos os pais devem participar do ato que autoriza a viagem dos filhos para o exterior ou para a mudança permanente de município.”⁴

As justificativas para a criação da nova lei, então, fora para preencher lacunas existentes na legislação anterior, e de certa forma priorizando o Princípio do melhor interesse do menor.

⁴ [internet]

<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=145914&c=PDF&tp=1>, p. 02

4.4 MUDANÇAS PROMOVIDAS PELA NOVA LEGISLAÇÃO

As modificações textuais ocorridas com o advento da Lei 13.058/2014 deram ênfase ao aperfeiçoamento e diminuição dos impactos negativos ocorridos na separação dos pais sobre os filhos, dos quais ainda não eram totalmente amparados pela Lei 11.698/2008 e pelo Código Civil de 2002.

Nota-se, de modo geral, que se modificou a predominância do texto que discorria sobre a *guarda unilateral*, dando maior ênfase no que se refere sobre a *guarda compartilhada*. Deste modo, procurou-se não mais dar preferência de guarda àquele genitor que tivesse melhores condições para exercê-la, mas sim enfatizar que ambos os pais devem ter os mesmos privilégios de tempo de convivência com os filhos. Todo o teor do texto, busca priorizar o interesse do menor, como personagem central na definição da guarda.

Importante ressaltar que o novo texto trata também da guarda unilateral e convoca o genitor não possuidor da tutela do menor a assumir maiores responsabilidades na criação do filho, ou seja, desconstrói a antiga relação que existia de “genitor avulso” ou “provedor da pensão alimentícia”. Deste modo, visa esclarecer e determinar a incumbência que cada pai tem, na guarda unilateral, em relação à sua prole. Anteriormente, o código não era tão claro quanto a isso.

Deve-se dar ênfase na alteração do § 2º do art. 1.584 do CC, que foi de suma importância para o novo ordenamento jurídico no direito de família: é nele que modifica-se o critério na definição da guarda:

Art. 1.584

Anterior

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

Nova Redação

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

Anteriormente, a guarda unilateral era prioritária nas decisões judiciais. A nova redação veio para determinar a obrigatoriedade da guarda compartilhada em qualquer lide à respeito da tutela, a menos que um dos pais manifeste-se inapto para tal. É possível visualizar a diferença dos dois textos: o termo “sempre que possível” foi extinto do parágrafo, assim como acrescida a definição que prioriza a escolha pela guarda compartilhada.

Nota-se da nova redação a clara intenção do legislador em equilibrar a quantidade de tempo em que a criança permanecerá com cada genitor, desvinculando totalmente o caráter unilateral que as decisões de guarda anteriormente possuíam. ‘E o que foi acrescido no final 3º parágrafo do artigo 1.584:

“... que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe”.

Deste modo, não se resguarda mais o direito de um só genitor permanecer com a criança.

4.7 OS PRINCIPAIS CONFLITOS COM O PRINCÍPIO DO MAIOR INTERESSE DO MENOR

De modo geral, as modificações realizadas no Código Civil pelo legislador vieram para empregar boa-fé. É fato que o mundo de hoje não é mais o mesmo de 10 anos atrás, e os direitos dentro da família devem ser modificados na medida em que os valores também mudam, ou seja, refinar a equidistância dos mesmos.

Ocorre que a esmagadora maioria dos casos de definição de guarda no Brasil, quando não se afigura possível a celebração de um acordo entre os genitores, muito dificilmente será efetivo 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, embora a nova lei tenha sido criada para priorizar os interesses da criança, sua obrigatoriedade presume maturidade e respeito no tratamento recíproco entre os pais, o que não acontece naturalmente.

A obrigatoriedade do novo modelo de guarda não dá aos filhos a oportunidade de escolha por um dos pais como detentor de sua tutela, o que gera desgaste emocional em virtude do receio em magoar o genitor preferido.

A separação, quando litigiosa, por ocorrer em forte desacordo entre os pais, poderá acarretar em uma disputa colossal pela guarda dos filhos.

Nessas situações mais complexas, não há congruência de vontades e as partes não estão interessadas em abrir mão de seus interesses pessoais. Tal disputa irá interferir diretamente no desenvolvimento psicológico das crianças, que se tornam vítimas do d desacordo de seus pais. Nestas situações a obrigatoriedade da lei é impraticável.

Waldyr Grisard Filho nessa questão explica que:

“Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos mesmos. Para essas famílias, destruídas, deve-se optar pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas”⁵

Deste modo, chega-se no questionamento essencial deste artigo: a obrigatoriedade da aplicação da guarda compartilhada entra em conflito com o próprio Princípio do melhor interesse da criança, quando os genitores “contaminam” seus filhos com acusações entre si, gerando neles insegurança e descarregando neles seus próprios conflitos. Tais filhos serão vítimas de problemas psicológicos e o resultado será negativo, tendo em vista que na infância há necessidade de um padrão único para o desenvolvimento saudável da criança.

Nestas situações, cabe às autoridades competentes decidir pelos pais o melhor tipo de guarda, sob à luz do mesmo princípio. Todavia, há um sobrecarregamento da função do Estado, que em tese, após a criação de uma nova lei, deveria ser menos provocado judicialmente.

⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.21.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto neste presente trabalho, pode-se concluir que a guarda compartilhada apenas passou a ser prevista expressamente em nosso ordenamento jurídico brasileiro com o surgimento da Lei n. 11.698 de 2008, o qual trouxe grandes mudanças no tocante à proteção dos filhos.

Entretanto, referido instituto apenas era decretado nos casos em que ambos os pais assim o desejassem, do contrário o magistrado deveria conceder a guarda unilateral para apenas um dos genitores. Todavia, a Lei n. 13.054/2014 trouxe um novo cenário aos filhos de pais separados, o que acarretou uma nova conquista para essa geração.

Dessa forma, baseando-se no princípio do melhor interesse do menor, bem como com respaldo no princípio ao direito à convivência dos filhos com ambos os genitores é que supracitada Lei passou a fixar a guarda compartilhada como regra geral – e não mais como cláusula estipulada em comum acordo -, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Todavia, essa escusa do genitor apenas poderá ser aceita pelo magistrado quando houver uma justificativa plausível, pois é dever dos pais assumir as responsabilidades inerentes ao poder familiar, bem como é direito dos filhos, conforme acima mencionado, ter uma convivência saudável com ambos os genitores.

No mesmo sentido, caso o juiz venha a impossibilitar a fixação da guarda compartilhada, esta decisão deverá ser fundamentada, ou seja, deverá justificar o motivo pelo qual naquele caso específico a guarda unilateral é a que melhor resguarda o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, pois a impossibilidade da aplicação da guarda compartilhada não pode mais ser argumentada com obstáculos genéricos, bem como o litígio entre os genitores não deve mais ser conceituado como insuperável.

Em suma, após analisar minuciosamente as informações aqui descritas sobre a nova lei da guarda compartilhada, verifica-se que o melhor modo de possibilitar ou não sua aplicabilidade será de acordo com o caso

concreto. Embora conflitante com o Princípio do melhor interesse da criança, caberá ao magistrado tomar a decisão de acordo com cada situação, quando houver litígio.

É certo que cada relação familiar se diferencia uma da outra, seja pelo comportamento, pelo ambiente ou pelo modo o qual a separação foi conduzida, entre inúmeras outras situações.

Resta às instituições judiciárias solucionar tais conflitos, evitando generalizar a aplicação da guarda compartilhada e priorizando os interesses e a participação dos menores na decisão. Para isso, deve-se promover o convívio familiar harmonioso, não apenas “impondo” o instituto compartilhado, conforme presume a lei.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AGUILAR, José Manuel. Con mamá y con papá. Madrid: Almuzara, 2006.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Poder familiar nas famílias recompostas e o art. 1.636 do 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. 161-197.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. Direito civil: famílias. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2012

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. Do casamento ao divórcio. Lisboa: Cosmos, 1997.

AMARAL, Paulo André. Guarda compartilhada, igualdade de gênero e justiça no Brasil: uma análise das interpretações da lei. In: Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões. V. 32. Porto Alegre: Magister, fev./mar. 2013.

ANGELUCI, Cleber Affonso. O valor jurídico do afeto: construindo o saber jurídico. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito)- Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM, 2006.

BAPTISTA, Silvio Neves. Guarda compartilhada (Breves comentários aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, alterados pela Lei n. 11.698 de 13 de junho de 2008). 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. P. 143-154.

BIRCHAL, Alice de Souza. A relação processual dos avós no direito de família: direito à busca da ancestralidade, convivência familiar e alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 41-60. 79

BOULOS, Da guarda “com-parte-ilhada” à guarda compartilhada: novos rumos e desafios. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. Grandes temas de direito de família e das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Código Civil. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de oliveira. 56. Ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 168 p..

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 3. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do I Congresso Brasileiro de

Direito e de Família. Repensando o direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 485-512.

CARVALHO, Dimas Messias de. Adoção e guarda. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

COMEL, Denise Damo. Do poder familiar. São Paulo: Ed. RT, 2003.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. A cidade antiga. Trad. Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Ed. das Américas S.A. – EDAMERIS, 1961.

DIAS, Maria Berenice. Guarda compartilhada: uma solução para os novos tempos. Revista Jurídica Consulex, n. 275, publicada em 30 de junho de 2008.

_____. Manual de direito das famílias. 9. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 80
DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil, vol. 5, direito de família. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1216.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A disregard doctrine a serviço da proteção do patrimônio familiar e sucessório. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, n. 09, p. 125-128, abr./maio 2009.

_____. A possibilidade de prestação de contas dos alimentos na perspectiva da proteção integral infanto-juvenil: novos argumentos e novas soluções para um velho problema. Revista do Ministério Público do Estado do Pará, Belém, v. 1, dez. 2010.

_____; ROSENVALD, Nelson. Direito das obrigações. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen, Juris, 2009.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima. Direito de família – Pensão alimentícia e tributação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). Direito de Família – Pensão Alimentícia e tributação. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 2004, vol. 1.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Ação de fiscalização de pensão alimentícia (exegese do art. 1.589 do Código Civil). In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. Grandes temas de direito de família e das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011. FREITAS, Douglas Philips. A nova guarda compartilhada. 2. Ed. Florianópolis: Voxlegem, 2015.

_____. PELIZZARO, Graciela. Guarda compartilhada e as regras da pericia social, psicológica e interdisciplinar. Florianópolis: Conceito, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6. 81

GALLARDO, Bernardo Cruz. La guarda y custodia de los hijos em las crisis matrimoniales. Madrid: La Ley, 2012.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira de. Princípios da paternidade responsável. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org.). Dicionário de princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ANDRIOTTI, Caroline Dias. Breves notas históricas da função social no Direito Civil. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). Função social no Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2007.

_____; GUERRA, Leandro dos Santos. Função social da família. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da (Coord.). Função social no Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2007.

GIMENEZ, Angela. A guarda compartilhada e a igualdade parental, 2014. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/Noticias/37024#.VJyZN14Dpg>. Acesso: 02 out. 2016.

GOMES, Orlando. Direito de família. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRISARD FILHO, Waldyr. A guarda compartilhada na berlinda. Revista do IBDFAM n. 18. Belo Horizonte: IBDFAM, Janeiro de 2015, p. 12.

GRISARD FILHO, Waldir. Guarda Compartilhada. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda Compartilhada – Um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRONENIGA, Giselle Câmara. Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no Poder Judiciário. [Tese de doutorado]. Acesso em 11 de fevereiro de 2015.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O binômio necessidade x possibilidade e a quantificação da pensão alimentícia. In: IBIAS, Delma Silveira. Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais. Porto Alegre: IBDFAM/RS, Letra&Vida, 2012.

_____. Famílias monoparentais. A situação jurídica de pais e mães solteiras, de pais e mães separadas e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

LÔBO, Paulo. Código civil comentado. Famílias. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direito civil: famílias. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Do poder familiar. Revista Síntese de Direito de Família. São Paulo: n. 67, ago./set. 2011.

_____. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito de Família e o Novo Código Civil. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2004

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da alienação parental: importância da detecção de aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDONÇA, Sonia. A industrialização brasileira. 2ªed reformulada. São Paulo: Moderna, 2004. 132p.

_____. Guarda compartilhada. In: IBIAS, Delma Silveira (coord.). Família e seus desafios: reflexões pessoais e patrimoniais. Porto Alegre: IBDFAM/RS, Letra&Vida, 2012.

_____. Paternidade alimentar. Revista Brasileira de Direito de Família, ano VIII, n. 37, Porto Alegre: Síntese, ago./set. 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito de família. Vol. 3. São Paulo: Max Limonad, 1947. V. 3.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição portuguesa anotada. Coimbra: t. I. 2. Ed., 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de direito civil. 41. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORROW, Alice Mills. Shared physical custody: Economic considerations. In: FOLBERG, Jay (coord.). Joint custod & shared parenting. 2. Ed. New York: Guilford, 1991. 83

OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 317.

OLIVEIRA, José Lamartine C. de; MUNIZ, Francisco José F. Curso de direito de família. 4. Ed. Curitiba: Juruá, 2002.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

_____. Novo Curso de Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.
PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio: teoria e prática. 4. Ed. São Paulo: Saraiva.

_____. Princípios fundamentais norteadores do direito de família. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Boletim do IBDFAM, Belo Horizonte, IBDFAM, jul./ago. 2005.

PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva Pereira. O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000, p.15

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PRIORI, A., et al. História do Paraná: séculos XIX e XX [online]. Maringá: Eduem, 2012. A modernização do campo e o êxodo rural. pp. 115-127. ISBN 978-85-7628-587-8. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>. Acesso em 23 de agosto de 2016

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 15 e 16. ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. O pátrio poder. São Paulo: Leud, 1978.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito de família. 28. Ed. rev. e atual. Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 6. ROSA, Conrado Paulino da. Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. Nova lei da guarda compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Famílias. 6. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

ROSSATO, Luciano; LÉPORE, Paulo; SANCHES, Rogério. Estatuto da criança e do adolescente comentado. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Eliane Araque. Criança e adolescente: sujeitos de direitos. 2006. Disponível em: *Inclusão Social*, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-134, out. 2006/mar. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. SILVA, Ana Maria Milano. A lei sobre guarda compartilhada. 2. Ed. São Paulo: JH Mizuno, 2008.

SILVA, De Plácido e, Vocabulário jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 1528p.

_____. A lei sobre a guarda compartilhada. 4. Ed. Leme: Mizuno, 2015.

_____. Guarda compartilhada. Leme: Led, 2005. SIMÃO, José Fernando. Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/guarda-compartilhada-obrigatoria-mito-ourealidade-o-que-muda-com-a-aprovacao-do-pl-1172013/14747>. Acesso em: 29 de set. de 2018.

_____. Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013 – Parte 2. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/guarda-compartilhada-obrigatoria-mito-ourealidade-o-que-muda-com-a-aprovacao-do-pl-1172013---parte-2/14858>. Acesso em: 29 de set. de 2018.

_____. Processo familiar sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrinaguarda-compartilhada-girafas>. Acesso em: 29 de set. de 2016.

SOLDÁ, Angela Maria; OLTRAMARI, Victor Hugo. Mediação Familiar: tentativa de efetivação da guarda compartilhada e do princípio do melhor interesse da criança. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister, v. 29, ago./set. 2012.

SPENGLER, Fabiana Marion. Alimentos: da ação à execução. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. SPENGLER NETO, Theobaldo. Inovação em direito e processo de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito Brasileiro. São Paulo: Âmbito Jurídico, 2006.

_____. Manual de Direito Civil – Volume Único. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

_____; SIMÃO, José Fernando. Direito civil: direito de família. 5. Ed. São Paulo: Método, 2010.

_____. A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória – Análise crítica da lei 13.058/14 – Parte I. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>. Acesso em: 28 de set. de 2016.

_____. 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: 28 de set. de 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Família, guarda e autoridade parental. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THOMÉ, Liane Maria Busnello. Guarda compartilhada decretada pelo juízo sem o consenso dos pais. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa, n. 14. 86

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito de família. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Direito civil. Direito de família. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WELTER, Belmiro Pedro. Teoria tridimensional do direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.