

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

CAROLINA CRISTINE CAVASSINI

**A NOVA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA E SEUS REFLEXOS
NO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E PSÍQUICO DO MENOR.**

MARÍLIA
2016

CAROLINA CRISTINE CAVASSINI

**A NOVA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA E SEUS REFLEXOS
NO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E PSÍQUICO DO MENOR.**

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. César Augusto Luiz Leonardo.

MARÍLIA
2016

CAVASSINI, Carolina Cristine.

A Nova Lei da Guarda Compartilhada e seus Reflexos no Desenvolvimento Social e Psíquico do Menor. Orientador: Prof. Dr. César Augusto Luiz Leonardo. Marília, SP: [s.n.], 2016.

86f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2016.

1. Dos Princípios Constitucionais Específicos do Direito das Famílias. 2. Do Instituto da Guarda: “Vão-se os anéis... ficam os filhos”. 3. Da Nova Lei da Guarda Compartilhada.

CDD: 342.165



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Carolina Cristine Cavassini

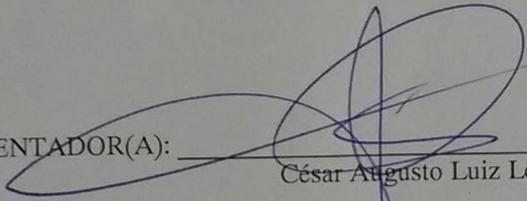
RA: 51861-1

A Nova Lei da Guarda Compartilhada e Seus Reflexos no Desenvolvimento Social e Psíquico do Menor.

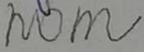
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 100 (Dez)

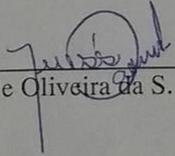
ORIENTADOR(A): _____


César Augusto Luiz Leonardo

1º EXAMINADOR(A): _____


Melissa Cabrini Morgato

2º EXAMINADOR(A): _____


Bruna de Oliveira da S. Guesso Scarmanhã

Marília, 30 de novembro de 2016.

AGRADECIMENTO (S)

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus por ter me concedido a graça de realizar esse sonho, por ter me dado a bênção de conhecer anjos durante esse percurso, os quais me auxiliaram nesta caminhada e tornaram esses cinco anos incríveis e inesquecíveis – tanto no âmbito profissional como no pessoal.

Gostaria de agradecer ao meu pai, Luiz Alfredo Cavassini, à minha mãe, Assunta Maria Tácito dos Santos Cavassini, à minha irmã, Gabriela Luise Cavassini e ao meu irmão, Victor Hugo Cavassini, os quais dedicaram todo amor, carinho, paciência e confiança para que eu chegasse até aqui. Vocês acreditaram em mim e fizeram com que esse sonho se tornasse realidade. Foi o cuidado e a dedicação que tiveram por mim que me proporcionou, não raras vezes, a força para seguir e persistir nessa batalha. Vocês me trouxeram segurança e a convicção de que não estou sozinha durante a minha caminhada. Amo muito vocês, meu alicerce, minha vida, minha família!

Ao meu namorado, Gabriel Scudeller de Souza, pessoa com quem amo partilhar a vida. Sua presença me faz sentir mais feliz, você me enche de vida! Obrigada pelo carinho, pela paciência, pelo incentivo e pela paz que me traz; paz, esta, que me fez persistir nessa caminhada e me faz perseverar na concretização dos meus sonhos – nossos sonhos. Não posso deixar de reiterar para você o que mencionei acima para meus pais e irmãos, até porque, juntos, somos uma família. Eu te amo muito e agradeço a Deus todos os dias pela sua vida na minha vida!

Não poderia deixar de homenagear minhas amigas de infância Ana Beatriz Bueno, Carolina Guerra, Isadora Rossi e Marina Alonso, que sempre estão ao meu lado, me dando força e me incentivando constantemente. Com o mesmo carinho quero agradecer as amigas que Deus me outorgou a oportunidade de conhecer na faculdade, Andrezza Ramos, Caroline Sagava, Mariana Saroa e Tainara Simão. Obrigada por compartilharem comigo, nesses últimos anos, as alegrias, tristezas, dificuldades e superações que a faculdade nos trouxe. Com vocês, apreendi que amizade verdadeira é possível de ser construída em qualquer fase da vida, com qualquer idade. Vocês são, com toda a certeza,

minhas amigas, da faculdade para a vida! Amo muito vocês, amigas de infância, amigas da graduação!!!

Quero agradecer, também, à equipe do Escritório de Advocacia Arêa Leão, à equipe da Vara das Famílias e Sucessões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, da Comarca de Assis, especialmente na pessoa da Juíza de Direito, Dra. Mônica Tucunduva Spera Manfio, e à equipe do Ministério Público do Estado de São Paulo, Comarca de Marília, em especial, na pessoa do Promotor de Justiça, Dr. Rodrigo de Moraes Molaro, os quais tiveram a generosidade de dedicar o tempo deles para me transmitir conhecimentos a respeito da vida prática profissional e, principalmente, pessoal. Com vocês aprendi que uma pessoa só será bem sucedida e realizada quando faz aquilo que acredita ser correto, quando o trabalho deixa de ser uma obrigação e passa ser uma paixão. Aprendi, assim, que o meu ofício deve ser realizado por amor! Vocês foram, sem dúvidas, grandes responsáveis pelo meu crescimento pessoal nesses últimos cinco anos. A vocês, toda minha gratidão e carinho. Obrigada por tudo!

Por fim, e não com menos carinho, gostaria de agradecer meu professor e orientador Dr. César Augusto Luiz Leonardo, pela paciência e incentivo que me ofereceu no decorrer da orientação e conclusão desta monografia. Minha formação, inclusive pessoal, não seria a mesma sem a sua pessoa. Igualmente agradeço todos os professores do curso, os quais me auxiliaram a executar meus primeiros passos na vida acadêmica e possuem grande importância, também, na minha vida pessoal. Tenho por vocês um enorme carinho!

E agora, eis o que diz o Senhor, aquele que te criou, Jacó, e te formou, Israel: nada temas, pois eu te resgato, eu te chamo pelo nome, és meu. Se tiveres de atravessar a água, estarei contigo. E os rios não te submergirão; se caminhares pelo fogo, não te queimarás, e a chama não te consumirá. Pois eu sou o Senhor, teu Deus, o Santo de Israel, teu Salvador. Dou o Egito por teu resgate, a Etiópia e Sabá em compensação. Porque és precioso a meus olhos, porque eu te aprecio e te amo, permuto reinos por ti, entrego nações em troca de ti. Fica, tranquilo, pois estou contigo, do oriente trarei tua raça, e do ocidente eu te reunirei.

CAVASSINI, Carolina Cristine. **A Nova Lei da Guarda Compartilhada e seus Reflexos no Desenvolvimento Social e Psíquico do Menor**. 2016. 86f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2016.

RESUMO

Muitas vezes, por conta de interesses individuais, pais utilizam seus filhos como instrumento de disputa. Porém, face ao maior interesse da criança e buscando o fim das lides, o direito criou novas espécies de guarda - notadamente a guarda compartilhada. Tal espécie fixa, com equidade e intensidade, o dever legal dos genitores perante o menor, devendo compartilhar concomitantemente as obrigações e direitos, aspirando sempre ao melhor interesse do menor - mesmo residindo em lares separados. A Lei n. 13.058/2014 introduz o instituto da guarda compartilhada como regra geral; logo, não havendo harmonia entre os genitores, é obrigatório que a mesma seja adotada. Todavia, o bom relacionamento dos pais é imprescindível para que esta modalidade de guarda seja bem sucedida; do contrário, o menor pode ser afetado em seu desenvolvimento social e psíquico. À vista disso, o presente trabalho objetiva compreender o alcance, as vantagens e desvantagens do novo instituto, entendendo sua estruturação e nova dinâmica.

Palavras chave: Direito das Famílias; Filhos; Criança e Adolescente; Poder Familiar; Guarda; Guarda Compartilhada; Afeto; Princípios.

CAVASSINI, Carolina Cristine. **The New Law of the Share Custody and them Repercussions on the Social and Psychological Environment of the Minor.** 2016. 86f. Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2016.

ABSTRACT

Oftentimes, for personal reasons and interest, parents use them sons as dispute instruments. However thinking about the interest of the child and seeking out the end of the litigation, the law created new types of child custody – notably the shared custody. This measure fixed with equity and intensity gives the legal duty of parents towards the minors must simultaneously share the obligations and rights, always aspiring to the best interests of minors - even residing in separate households. The Law n. 13.058/2014 introduces the shared custody Institute as a general rule; therefore, there is not harmony between the parents it is mandatory that it be adopted. However the good relationship between the parents are essential for this type of guard be successful; otherwise, the minors can be affected on them social and psych development. In view of this, the present study aims to understand the scope, advantages and disadvantages of the new institute, understanding its structure and new dynamic.

Keywords: Law of Families; Children; Child and teenager; Family power; Custody; Shared custody; Affection; Principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

STF – Superior Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 - DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	15
1.1. Da Dignidade da Pessoa Humana.....	16
1.2. Da Igualdade Substancial entre os Filhos.....	17
1.3. Do Melhor Interesse do Menor.....	19
1.4. Da Afetividade.....	20
1.5. Da Função Social da Família.....	23
1.6. Do Planejamento Familiar e da Responsabilidade Parental.....	24
1.7. Da Liberdade.....	26
1.8. Da Paternidade Responsável.....	28
CAPÍTULO 2 - DO INSTITUTO DA GUARDA: "VÃO-SE OS ANÉIS... FICAM OS FILHOS".....	31
2.1. Do Poder Familiar.....	31
2.2. Da Guarda Unilateral.....	40
2.3. Da Guarda Alternada.....	42
2.4. Da Guarda Nidal.....	44
2.5. Da Guarda Atribuída a Terceiros.....	44
2.6. Da Guarda Compartilhada.....	45
CAPÍTULO 3 - DA NOVA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA.....	48
3.1. Da Guarda Compartilhada como Regra.....	49
3.2. Das Atribuições de cada Genitor.....	54
3.3. Do Descumprimento das Atribuições e as Consequências ao Genitor Renitente.....	57
3.4. Do Pagamento de Alimentos: "a gente não quer só comida".....	61
3.5. Da Possibilidade da Ação de Prestação de Contas: "quem não deve, não teme".....	67
3.6. Do Direito de Visitas: "Mãe, posso ir?".....	70
3.7. Das Críticas Inerentes ao Instituto da Guarda Compartilhada.....	73
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78

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.

O Código Civil, em seu artigo 1.634, elenca sete hipóteses de “competência” dos genitores quanto aos filhos menores, e, entre elas, encontra-se a guarda. A autoridade parental, como já mencionado, cabe a ambos os genitores, tanto na vigência do casamento ou da união estável, como após o seu término. O encargo exercido entre os genitores decorre da paternidade e da filiação, não do casamento ou da união estável. Logo, a unidade familiar não se confunde com a convivência do casal, pois o laço entre genitores e prole é eterno e indissolúvel, já que não existe a expressão “ex.-filho(a)”.

Diante disso, o rompimento do vínculo conjugal em nada deve alterar o poder familiar no tocante aos filhos (CC, artigo 1.632), devendo prevalecer o dever que ambos os pais possuem em promover amparo afetivo, psicológico e material para a prole. Pois, a ausência de convívio sob o mesmo teto não limita, nem muito menos exclui, o dever dos pais – o qual permanece íntegro.

Existem cinco espécies de guarda, quais sejam: unilateral, alternada, nidal, atribuída a terceiros e a compartilhada, a qual será objeto de estudo no presente trabalho.

Antigamente o critério utilizado para definir a guarda era apenas a vontade dos genitores. Entretanto, não se pode negar o momento de fragilidade emocional em que ambos os pais se encontram no momento da separação, fragilidade esta que, não raras vezes, acabava se refletindo de uma maneira negativa na decisão da escolha da guarda.

O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba refletindo na prole, que, inúmeras vezes, é utilizada como instrumento de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum. Diante disso, se faz por necessário proteger os filhos para que eles não virem instrumento de disputa perante seus genitores, disputa está que possui a única finalidade de atingir o ex.-companheiro.

Nesse viés, com a proposta de manter os laços da afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária, fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada.

Ocorreu, dessa forma, uma verdadeira mudança de paradigma, tendo em vista que sua aplicabilidade exige dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e frustrações. Assim, para que a guarda compartilhada seja benéfica e atenda o interesse do menor, é necessário que os genitores, como mencionado, deixem de lado as mágoas e frustrações.

Contudo, a nova Lei da Guarda Compartilhada (Lei n. 13.058/2014) trouxe o compartilhamento como regra geral. Diante disso, mesmo que os genitores não tenham uma convivência saudável entre eles, bem como não consigam manter um diálogo, deve-se ainda assim ser aplicada a guarda compartilhada, o que pode gerar sérios problemas psíquicos e emocionais no menor.

À vista disso, o escopo do presente trabalho é compreender o alcance, as vantagens e desvantagens do instituto da nova Lei da Guarda Compartilhada, entendendo sua estruturação e sua nova dinâmica. Esse estudo tenciona coadjuvar os aplicadores do direito na percepção do instituto, igualmente observando os critérios que deverão ser examinados para sua aplicação.

Neste sentido, no primeiro capítulo, será demonstrada a fundamentação psicológica de ordem constitucional e infraconstitucional que permeiam a área do direito de família, especialmente no tocante ao tema em comento. A seguir, no segundo capítulo, o trabalho irá abordar o que consiste o poder familiar e apresentar as espécies de guarda. Por fim, no

terceiro e último capítulo, abordar-se-ão quais as mudanças e dificuldades enfrentadas no instituto da guarda compartilhada.

No mais, a fim de alcançar o objetivo final do estudo, no que concerne aos procedimentos metodológicos para organização e realização do presente trabalho, impõe-se o método hipotético-dedutivo, vez que parte de uma hipótese-problema, demonstrando e formulando teses para comprovação, ou não, da pergunta formulada, seguida de teste da hipótese, atingindo, por fim, a conclusão da pesquisa.

Quanto à abordagem do problema de pesquisa, a mesma se dá na forma qualitativa, vez que incumbe descrever e analisar o objeto de estudo para averiguar a conclusão do problema ao final do trabalho.

Incumbe destacar, no que se refere aos procedimentos técnicos para realização da pesquisa em questão, serão utilizados os meios documentais, bibliográficos e jurisprudenciais, a fim de concretizar a tese apresentada, e nortear o resultado da pesquisa.

CAPÍTULO 1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESPECÍFICOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

O ramo do Direito que mais sente os reflexos dos Princípios que a Constituição Federal consagra como valor fundamental é o direito das famílias. 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”.

Neste sentido, 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).

Por assim dizer, não há como resolver todos os problemas que batem às portas do Judiciário apenas com as regras positivadas, ou seja, o critério de subsunção não é capaz de solucionar os contratempos sociais e individuais que surgem com o convívio, razão pela qual se fez – e faz – necessário um novo método de solução das adversidades, qual seja, a proporcionalidade por meio da aplicação dos princípios.

Portanto, pode-se afirmar que o 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.

1.1 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 abstracto. 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 (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.

Nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 10), ressaltando sobre o tema que:

Dignidade humana é o direito do ser humano. Kant, o ‘filósofo da dignidade’, certamente não imaginava que as suas idéias originais de dignidade ocupariam o centro e seriam o veio condutor das constituições democráticas do final do século XX e as do século XXI. Essas noções de dignidade incorporam-se de tal forma ao discurso jurídico que se tornou impensável qualquer julgamento ou hermenêutica sem a consideração dos elementos que compõem e dão dignidade ao humano. Seguindo a tendência personalista do Direito Civil, o Direito de Família assumiu como seu núcleo axiológico a pessoa humana como seu cerne a dignidade humana. Isso significa que todos os institutos jurídicos deverão ser interpretados à luz desse princípio, funcionalizando a família à plenitude da realização da dignidade e da personalidade de cada um de seus membros. A família perdeu, assim, o seu papel primordial de instituição, ou seja, o objeto perdeu sua primazia para o sujeito. Seu verdadeiro sentido apenas se perfaz se vinculada, de forma indelével, à concretização da dignidade das pessoas que a compõe, independentemente do modelo que assumiu, dada sua realidade plural na contemporaneidade. Se não por outras razões, essa soa suficientemente forte para justificar o tema central do V Congresso: Família e Dignidade Humana (*Boletim do IBDFAM*, Belo Horizonte, IBDFAM, jul./ago. 2005, p. 10).

Desta feita, destaca-se a importância do metanorma em nosso ordenamento jurídico, atuando com posição de destaque nos fundamentos das decisões que buscam aproximar-se da justiça.

1.2 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, adúltero, 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 desigualassem.

Dessa forma, é o que trata Maria Berenice Dias (2013, p. 68):

A supremacia do princípio da igualdade alcançou também os vínculos de filiação, ao ser proibido qualquer designação discriminatório com relação aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção (CF 227 §6.º). Em boa hora o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole pela condição dos pais.

Nesse sentido, afirma a Lei Máxima que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação” (art. 227, §6º). Referido texto constitucional tem a prerrogativa de obstar qualquer distinção entre a prole, seja ela fundada na natureza do vínculo que une os genitores ou em razão de sua origem - biológica ou não.

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):

Em suma, juridicamente, 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.

1.3 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.

Em texto de clareza solar, prevê o art. 227, “caput”, da Constituição Federal que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1998, p. 133).

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

pelos Enunciados ns. 101 e 102 CJP/STJ, aprovados na I Jornada de Direito Civil” (TARTUCE, 2011, p.1.117-1.118).

Nos dizeres de Eliane Araque Santos (2006, p. 130):

Crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, sujeitos especiais porque pessoas em desenvolvimento. O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, como expresso no art. 227, da Constituição Federal, implica a compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o atendimento de suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento.

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 convencionem 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.

1.4 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 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. 96, grifei).

Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2013, p.72):

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Tal nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio Estado. Mesmo que a Constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional. Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora de tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, isso significa que a afetividade, que une e alcança duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Ou seja, houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

No mesmo sentido, segue complementando a autora (DIAS, 2013, p. 73):

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse de

estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, nos dizer de Sérgio Resende de Barros, a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família.

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 SÓCIO-AFETIVA – 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 sócio-afetiva, 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-lhe 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,

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.

1.5 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 mudanças.

Dessa forma, diferente não é o posicionamento de 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.

Esclarecem Gama e Guerra:

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 (GAMA; GUERRA, 2007, p. 126).

Assim sendo, forçoso relembrar que o Texto Maior estabeleceu como direção ao ordenamento jurídico a prevalência da dignidade da pessoa humana, nos dizeres de Tepedino:

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 (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.

1.6 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 seu 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 privadas (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):

Desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credor religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado –, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros. (...) Dentro do âmbito da autonomia, inclui-se o planejamento familiar, pelo qual aos pais compete decidir quanto à prole, não havendo limitação à natalidade, embora a falta de condições materiais e mesmo pessoal dos pais. Eis a regra instituída no §2º do art. 1565: “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”.

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.

1.7 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 Andrichi, 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

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.

1.8 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 infíndos 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

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.

CAPÍTULO 2 DO INSTITUTO DA GUARDA: “VÃO-SE OS ANÉIS... FICAM OS FILHOS”

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.

2.1 Do Poder Familiar

A família é o alicerce de toda a sociedade e, assim como o homem, é dinâmica. Diante disso, é necessário ter muita cautela ao analisá-la, bem como conceituá-la, pois é necessário sempre levar em consideração o cenário e a época em que vivemos. Assim, a definição que temos hoje sobre família não é a mesma das antigas civilizações, tendo em vista o progresso e novos valores que adquirimos no decorrer dos anos.

Na Roma antiga, a família, nos dizeres de Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 22), era uma autêntica “comunidade de produção”, pois o “pater famílias” era o titular de toda propriedade e dos membros da família - sejam eles descendentes diretos, esposa, agregados e escravos, independentemente de idade e estado civil. Assim, o pátrio poder era desempenhado pelo chefe da família, sendo ele, na maioria das vezes, o avô.

Nesse contexto, o “pater” era quem exercia a autoridade na família, podendo, inclusive, vender um dos seus filhos, entregar um sucessor nas realizações de negócios, abandonar um filho recém-nascido e, se não bastasse, poderia até mesmo tirar a vida de seu filho, tudo isso sem incorrer em qualquer ilícito.

Sobre o tema, comenta Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 24):

Ao longo dos séculos esta ideia romana de pátrio poder foi sendo confrontada por outros povos e religiões diversas, especialmente a religião cristã. Na concepção cristã, o discurso de solidariedade, a noção de igualdade entre os cônjuges e o dever moral dos pais pela criação de seus filhos foram os principais fatores que deram início ao fortalecimento dos vínculos afetivos entre os familiares e que acabaram se sobrepondo à antiga compreensão romana que tratava os integrantes da família como mera propriedade do pater.

No Brasil colonial, o patriarcalismo foi aderido no Código Civil, o qual adotou a expressão “pátrio poder” e estendeu o poder absoluto e ilimitado ao homem, chefe da sociedade conjugal. Conservava-se ao homem, assim, a ordem familiar sobre os filhos e esposa.

Nesse sentido, incontestável o conceito machista da expressão “pátrio poder”, a qual apenas compreendia o poder do homem sobre a prole. A mulher, dessa forma, ainda precisava do seu marido como suporte, bem como necessitando de sua autorização para exercer os atos da vida civil.

Todavia, o movimento feminista reagiu e instituiu o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/1962), o qual alterou o Código Civil de 1916 e resguardou o pátrio poder para ambos os genitores, entretanto, tal instituto era exercido pelo pai com o auxílio da mãe. Em caso de desavença entre eles, ainda assim triunfava o desejo do genitor, cabendo à mãe a faculdade de se amparar na justiça. O que descreve nítida e claramente o quão grotesco era a distinção entre o gênero sexual.

Por essa perspectiva sustentava o Código Civil de 1916, ao outorgar o exercício do pátrio poder ao homem:

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores, quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência (Brasil, 1916).

Felizmente, esse entendimento foi demolido pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §5.º, o qual assegurou que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (Brasil, 1988, p. 133). Posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 21, “caput”, e Código Civil, também ampararam nesse sentido.

Passou-se, dessa forma, a conceder o tratamento isonômico entre homens e mulher, dando-lhes iguais direitos e deveres tanto no âmbito familiar como ao exercerem os atos da vida civil. Nos dizeres de Sílvio de Salvo Venosa (2012, p. 308):

A referência aos princípios da legislação civil é superfetação. Ambos os pais devem exercer o pátrio poder, em ambiente de compreensão e entendimento. O conflito poderá ser, em última análise, definido pelo tribunal: imaginemos, por exemplo, a hipótese de os pais divergirem irremediavelmente acerca da

modalidade de educação a ser dado ao menor, bem como da instituição escolhida para fazê-lo; sobre o tratamento médico ou psicológico a ser seguido em caso de necessidade, sobre a autorização de viagem ao exterior etc. Ademais, na conduta do patrimônio do menor podem surgir divergências acerca da melhor forma de administração dos bens.

Continua o autor em seu raciocínio:

Nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar com a separação judicial ou divórcio. O pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente Código se reporta também à união estável. A guarda normalmente ficará com um deles, assegurando ao outro o direito de visitas.

Assim, diante desse progresso, o Código Civil sentiu a necessidade de modificar o termo “pátrio poder”, o qual a fez pela expressão “poder familiar”, visando, nesse sentido, melhor acatar a isonomia entre os gêneros sexuais. Todavia, tal mudança não satisfez. O que gerou inúmeras críticas a respeito do tema.

Nessa lógica, argumentou Silvio Rodrigues (2004, p. 355) que o legislador pecou gravemente ao se preocupar mais em apagar da expressão o vocábulo “pátrio” do que incluir seu real sentido, que, antes de um poder, representa obrigação dos genitores, e não da família, como o nome sugere.

Segundo Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 26):

Hoje em dia o conceito de pátrio poder não se restringe apenas à noção de ser um direito exclusivo dos pais decidirem sobre o futuro dos seus filhos da maneira que melhor lhes convém, posto que, com a incontestável assunção da moral cristã nos países ocidentais, o pátrio poder mudou, e passou a ser delineado pelos princípios de mútua compreensão e da afetividade, assumindo características de direito protetivo, de forma que todos os membros do núcleo familiar passaram a ser vistos individualmente como pessoas detentoras de direitos e deveres em iguais proporções, logo, merecedoras de tratamento igualitário. No ordenamento jurídico brasileiro restou expresso o dever legal dos pais de cuidado e de responsáveis por garantir a efetivação de todos os meios necessários à formação pessoal dos seus filhos enquanto menores de idade. Em realidade, os filhos menores de idade receberam um tratamento diferenciado após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, tornando-se uma imposição de ordem pública o dever dos pais zelarem pela formação integral dos seus filhos, sendo assegurado aos jovens o mais amplo direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação e, dentre tantos outros bens tutelados, o próprio direito à convivência familiar.

Em função disso, 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 rompem 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

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

2.2 Da 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 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.

2.3 Da 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,

consequentemente, 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.

2.4 Da Guarda Nidal

A palavra “nidal” tem origem do latim “nidus”, a qual quer dizer ninho. Nesse sentido, tal instituto de guarda busca a aceção 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.

2.5 Da 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.

2.6 Da 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 efetuou-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.

CAPÍTULO 3 DA NOVA LEI DA GUARDA COMPARTILHADA

A nova lei da guarda compartilhada - Lei n. 13.058/2014 -, trouxe grandes inovações, bem como quebrou inúmeros paradigmas na vida dos filhos que possuem pais que não residem sob o mesmo teto.

Tal instituto, segundo Conrado Paulino da Rosa, surgiu em bom momento, pois, entre outros benefícios, desfez a lenda do filho “mochilinha”, tendo em vista que a Lei n. 11.698/2008 tratou de forma errônea a guarda compartilhada como guarda alternada.

Nesse viés, tal modalidade de guarda revelou-se da necessidade de reequilibrar os papéis dos genitores perante seus filhos, bem como valorizando a responsabilidade paterna, já que, em regra, a guarda unilateral era concedida à mãe. No mais, a guarda compartilhada passou a assegurar a atuação conjunta de ambos os genitores no desenvolvimento do menor.

De acordo com Jamil Miguel (2015, p. 24):

A guarda compartilhada implica na atribuição da prerrogativa a ambos os cônjuges, ou companheiros, ou simplesmente guardiões, que devem harmonizar-se no desiderato de dividir os direitos e deveres oriundos do poder familiar de que são detentores.

Assim, o escopo da guarda compartilhada é reduzir as mágoas sofridas pela prole na dissolução do relacionamento dos seus genitores, além de ter por finalidade manter os laços afetivos em igualdade entre os pais. Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 74 e 75), diz que:

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

Dessa forma, a doutrina, ao prever o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, deixou de enxergar o menor como sendo um objeto de proteção, mas o introduziu no ordenamento jurídico brasileiro como sujeito detentor de direitos e deveres nas esferas jurídicas e sociais. Para Maria Berenice Dias (2013, p. 454):

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse da prole. Significa mais prerrogativa aos pais, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A participação no processo de desenvolvimento integral leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos. A proposta é manter os laços de afetividade, minorando os efeitos que a separação sempre acarreta nos filhos e conferindo aos pais o exercício da função parental de forma igualitária. A finalidade é consagrar o direito da criança e de seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda unilateral. Para isso, é necessário a mudança de alguns paradigmas, levando-se em conta a necessidade de compartilhamento entre os genitores da responsabilidade parental e das atividades cotidianas de cuidado, afeto e normas que ela implica.

Ainda sobre o tema, continua a autora (2013, p. 455):

Agora a guarda compartilhada está definida na lei: responsabilização e exercício conjunto de direitos e deveres concernentes ao poder familiar (CC 1.583, §1.º). Ocorreu verdadeira mudança de paradigma. Sua aplicabilidade exige dos cônjuges um desarmamento total, uma superação de mágoas e das frustrações. E, se os ressentimentos persistem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor atende o interesse dos filhos.

Destarte, o ordenamento jurídico coloca como prioridade o compartilhamento de cuidados e obrigações dos genitores perante a prole, pois assim ocorrerá maior atuação de ambos os pais no cotidiano e desenvolvimento da criança. Não há dúvidas, dessa maneira, de que essa modalidade de guarda se trata de um avanço na sociedade, tendo em vista que afasta a percepção de posse e proporciona maior vínculo nas relações entre pais e filhos.

3.1 Da Guarda Compartilhada como Regra

A guarda compartilhada, conforme já mencionado neste presente trabalho, trata-se de um grande avanço para a sociedade brasileira e, principalmente, para os filhos de pais que não convivem sob o mesmo teto e possuem dificuldade em desenvolver um diálogo saudável a respeito das decisões importantes sobre a vida do menor.

Esse reexame da situação dos filhos é uma conquista para a nova geração, pois a separação dos genitores nada deve interferir no desenvolvimento dos pais no que diz respeito em suas funções de prover educação e proteção perante a prole.

Entretanto, é sabido que as folhas dos processos das Varas de Família são habitualmente utilizadas, de forma errônea, como papéis de carta de amor, as quais são preenchidas por sentimentos que deveriam ser discutidas no âmbito terapêutico e não judicial.

Seguindo essa vertente, não raras vezes, os pais acabam transformando os autos em um grande ringue de ódio e vingança, onde o vencedor do litígio será recompensado pela guarda da prole, deixando nítido e claro que para estes genitores litigantes o filho nada mais é do que um troféu dessa insana disputa sobre a “posse” deste.

Para Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 80):

No dia a dia dos litígios familiares, pode ser verificado que muito antes de ser um instituto voltado à determinação dos interesses dos filhos, infelizmente, as sentenças voltam-se aos caprichos e ao egoísmo dos pais. O fato é que “se vão os anéis... ficam os filhos”. Mostra-se imperiosa a distinção entre o papel conjugal e o parental, e, acima de tudo, a compreensão de que somente o primeiro acaba. “Ex-filho” não existe em nosso vocabulário.

Buscando reduzir este contexto, foi criada a Lei n. 11.698 de 2008, que instaurou a modalidade da guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, o qual, em seu artigo 1.584, §2º, do Código Civil (Brasil, 2002, p. 335), originou a seguinte redação: “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

Porém, o vocábulo “sempre que possível” foi inadequadamente compreendido no sentido de que a guarda compartilhada apenas seria aplicada nas ocasiões em que os pais a acordassem, ou seja, haveria a necessidade de ocorrer o duplo consentimento de ambos os genitores por esse instituto na hora de acordar a quem pertenceria à guarda do filho. Assim, ocorrendo discordância entre os pais, não seria possível optar pelo compartilhamento.

Nos dizeres de Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 80 e 81):

Ora, filhos de pais que mantêm o diálogo e se entendem bem nem precisam de regras e princípios sobre a guarda compartilhada, pois, naturalmente, compartilham o cotidiano dos filhos. A lei jurídica é exatamente para quem não consegue estabelecer um diálogo, ou seja, para aqueles que não se entendem sobre a guarda dos próprios filhos.

Aplicar a guarda unilateral como regra, nada mais é do que ir contra aos princípios inerentes à família, bem como reduzir os direitos e deveres que um pai possui em relação aos

seus filhos, os quais são decorrentes do poder familiar do genitor a quem não foi concedida a guarda.

No mais, e principalmente, a guarda unilateral fere diretamente o princípio do melhor interesse do menor, uma vez que a criança e o adolescente são os mais prejudicados por essa modalidade de guarda, já que serão privados injustamente da convivência diária com um de seus genitores, o que pode ocasionar graves problemas no desenvolvimento da personalidade da criança.

Não raras vezes, o genitor detentor da guarda acaba por utilizar a criança como verdadeiro instrumento de vingança, fazendo chantagens com o outro genitor, o que acaba por dificultar o contato com o filho e, conseqüentemente, ocasiona o distanciamento entre o menor e o pai não detentor da guarda. Por tal motivo é que a guarda unilateral apenas deve ser utilizada em casos extremos, no qual um dos pais, ou até mesmo ambos, apresentem riscos ao filho.

Diante disso, não restam dúvidas de que a guarda compartilhada não deve subordinar-se à vontade dos pais, pois estaria ferindo nítida e claramente o maior interessado e o mais hipossuficiente dessa história, qual seja, o menor. É para o filho que se deve voltar total atenção e cuidado.

Assim, o magistrado não pode deixar de adotar a guarda compartilhada à mercê da vontade dos genitores, bem como isso também não significa que o estado deve ignorar o conflito existente entre os pais, mas sim que este deve ser tratado e superado para que os filhos consigam crescer e se desenvolver em um ambiente saudável e harmônico.

Nos dizeres de Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 83):

Não podemos esquecer que a guarda única também é imposta para o casal que não apresenta uma atitude de consenso, e sua imposição também gera conflitos. Aquele genitor que permaneceu com a guarda pode apresentar um comportamento autoritário e exclusivo em relação à educação do filho, afastando o outro genitor do convívio e gerando novas demandas judiciais, pelo descumprimento do direito de visitas e atitudes doentias, como a perigosa síndrome da alienação parental ou a implantação de falsas memórias.

Continua o autor (2015, p. 83):

O egoísmo põe por terra qualquer esforço conciliatório. A animosidade e a doença do agente alienador, considerados antecedentes de sua vida familiar ou eventual deformação mental, impedem o relacionamento entre os responsáveis e a criança ou adolescente, transformados estes em meros

joguetes da alienação, até que eventualmente atinjam a trágica consciência de que também podem exercer poder de barganha ou chantagem contra os adultos.

De acordo com o julgamento do REsp 1.251.0-MG pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatório da Ministra Nancy Andrichi, julgado em 23 de agosto de 2011:

A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.

O julgamento foi conservado em novo julgamento da Corte em 25 de junho de 2014:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. **4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.** 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1428596 RS 2013/0376172-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/06/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/06/2014 - grifei).

Atualmente, após a edição da Lei n. 13.058 de 2014, o instituto da guarda compartilhada passou a ser tratado como regra no ordenamento jurídico brasileiro, o que acarretou uma nova redação ao artigo 1.584, §2º, do Código Civil, qual seja:

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.

Dessa forma, o conflito entre os genitores não é mais motivo para deixar de decretar o compartilhamento, coibindo, assim, aquela conduta dos pais que persistiam no litígio, propositalmente, para alcançar a guarda unilateral do filho e, não raras vezes, praticar a síndrome da alienação parental para distanciar o menor de seu outro genitor não guardião.

Alega Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 84), que:

Não há como esperar cooperação em uma ação de caráter litigioso. Se houvesse bom senso, por certo o Judiciário nem seria chamado. Condicionar a guarda compartilhada ao acordo é (poderia), no mínimo, estimular o conflito.

Com relação à exceção à regra trazida ao final do §2º, do artigo 1.584, do Código Civil, em que o legislador assegura que, mesmo não havendo consenso entre os genitores, a guarda deverá ser a compartilhada, “salvo se um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do filho” (Brasil, 2002, p. 335), continua o doutrinador que:

Mesmo existindo a manifestação de um dos pais da sua falta de interesse no exercício da guarda conjunta, entendemos como obrigação do magistrado e do promotor a perquirição das razões de tal postura. Existe aí um espaço importante, também, do trabalho dos profissionais do serviço social e da psicologia até para um trabalho conjunto na construção dos papéis parentais e da necessidade de ambos os genitores para o bom desenvolvimento da prole (ROSA, 2015, p. 85).

Ainda sobre o tema, afirma Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 85):

Visualiza-se, na sociedade brasileira, que a mudança de comportamento em muito ocorre a partir das legislações. Foi assim com o preconceito racial (Lei n. 7.716/89) e, até mesmo, com a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006). Em relação à última, entre outras modificações, houve uma nova consciência difundida de que a agressão contra a mulher não gera o mero pagamento de cestas básicas. Dessa forma, entendemos que a aplicação da guarda compartilhada como premissa geral terá, como efeito, a médio prazo, a modificação no pensamento daqueles que enfrentarem dissoluções de relacionamentos afetivos.

Finaliza ainda o autor dizendo que:

A mudança da racionalidade diminuirá o discurso ambivalente, que oscila entre “ele (a) não me ajuda em nada” e, entre outros, “eu não confio nele (a)”. Ajuda e confiança, por certo, já foram fatores presentes nessa relação e, por algum motivo, foram quebrados. O compartilhamento da guarda tem o condão de criar um espaço fértil para seu restabelecimento em um espaço em que ganham todos, principalmente os filhos (2015, p. 85 e 86).

Diante disso, de acordo com os entendimentos jurisprudenciais, referida norma passa a ser utilizada mesmo na ausência de um dos pais, introduzindo a alternativa de decretar a modalidade da guarda compartilhada entre, por exemplo, mãe e avó paterna, inclusive, residindo em cidades diferentes, buscando assim resguardar o melhor interesse do menor.

3.2 Das Atribuições de Cada Genitor

Conforme já mencionado, o poder familiar era visto como um poder exclusivo do pai, tendo, inclusive, a denominação de pátrio poder. Todavia, com o advento da Constituição Federal atual, o poder familiar passou a ser um dever atribuído para ambos os genitores, os quais possuem a obrigação de atuarem conjuntamente em favor da proteção dos filhos.

Antigamente, o pai, dentro do seio familiar, era visto, conforme José Manuel Aguilar, “como os transmissores da moral familiar, do suporte econômico da família e o modelo sexual para os filhos” (2006, p. 60). Mãe, entretanto, era símbolo de pessoa naturalmente apta para desempenhar a custódia da prole, pois se dedicava inteiramente aos filhos e à família, motivo pelo qual era completamente obediente ao marido durante o matrimônio.

Nos dizeres de Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 125):

Esta é a visão simplista e quantitativa que a sociedade tem do genitor varão, reduzindo a sua participação familiar ao seu papel mais saliente de provedor da família, enquanto a mãe é avaliada pela quantidade de tempo que ela dedica aos seus filhos, sem considerar a forma como ela interage com sua prole e como ela é influenciada por crenças e censuras impostas por seu entorno sociofamiliar.

Diante dessa visão, com o rompimento do vínculo conjugal, a guarda dos filhos, em regra, era concedida à genitora, salvo casos extremos em que se restava comprovado que a mãe não era capaz, ou não estava apta, a desenvolver referido papel. Sobre o tema afirma, ainda, Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 126):

A preferência materna pela guarda dos filhos, sobretudo sobre aqueles ainda em tenra idade, pertence à cultura social, jurídica e familiar de todos os tempos e parece que vem agregada sempre ao *instituto materno* que habita a mãe a trazer para perto dela os filhos a partir da gestação. Privar a mãe desta guarda sem justo motivo seria condená-la socialmente, porquanto, apenas uma notória imoralidade da genitora, problemas sérios com sua saúde física ou mental, que deixasse deveras comprometida a segurança e estabilidade psíquica dos filhos, ou outras causas consideradas realmente graves, seriam capazes de afastar a prole dos cuidados diretos e imprescindíveis da mãe.

Todavia, a inserção da mulher no mercado de trabalho trouxe grandes transformações nas famílias e, principalmente, com relação aos cuidados inerentes aos filhos, tendo em vista que a prole já não teria o cuidado exclusivo da genitora. Tal mudança originou, sem dúvida, nova visão a respeito da figura do pai dentro do âmbito familiar.

Para Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 125):

Por isto as múltiplas investigações buscam descrever a família atual dentro da sua nova realidade, pesquisando novos aportes e padrões diretos e indiretos de influência dos pais. Um exemplo de controle indireto é o apoio emocional que o pai representa para a mãe de seus filhos e como isto contribui para o desenvolvimento do filho, tudo sendo centrado na qualidade das relações afetivas existentes em família e o apoio que lhe empresta o pai das crianças, afora o grau do seu envolvimento pessoal para com seus filhos próprios.

Ainda sobre o tema, afirmam os autores (2015, p. 128 e 129):

Diante da aparição de um maior engajamento do homem na assunção das funções parentais, deixando os pais de serem apenas provedores financeiros da manutenção de seus filhos, ao lado da percepção de que as mulheres cada vez mais se lançam no mercado de trabalho, evidencia-se a necessidade de estabelecer a responsabilidade compartilhada sobre os filhos menores, mesmo daqueles com menos de cinco anos de idade, pondo em pé de igualdade o exercício da paternidade e o da maternidade, sem que exista preferência materna ou paterna, participando ambos, ativamente na vida de seus filhos em todos os âmbitos das suas vidas tanto estática quanto dinâmicas.

A fixação da guarda compartilhada, ao fim e ao cabo, determinará um novo cotidiano na vida dos filhos, e esta nova rotina deverá ser marcada pelo diálogo, onde as novas incumbências já estarão acordadas e divididas (ROSA, 2015, p. 87).

Entretanto, caso não haja acordo entre os genitores, bem como caso exista alguns pontos inacabados no tocante as responsabilidades e obrigações dos pais, o magistrado deverá seguir a regra prevista no artigo 1.584, §3º, do Código Civil, qual seja:

Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe (Brasil, 2002, p. 335).

Assim, não há dúvidas de que não existem pessoas melhores do que os próprios genitores para decidirem quais tarefas cada qual pode exercer, como, por exemplo, quem pode levar e quem pode buscar o filho na escola. Todavia, se não for possível esse diálogo, o magistrado utilizará de outros mecanismos para chegar ao objetivo final, entre eles, podendo utilizar-se das sessões de conciliação e mediação.

Segundo Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 88):

O acompanhamento terapêutico ou a realização de sessões de mediação servirão como espaço privilegiado para que esses ajustes se tornem possíveis. Em qualquer situação elegida, o processo deverá ficar suspenso até que haja a conclusão dos trabalhos.

Ademais, entre outras inovações, a Nova Lei da Guarda Compartilhada – Lei n. 13.058/2014 ampliou o dever de vigilância dos genitores perante seus filhos, o qual estabeleceu a redação do §6º, do artigo 1.584, do Código Civil, que passou a assegurar que “qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação” (Brasil, 2002, p. 335).

Muitas instituições de ensino restringiam o acesso das informações do desenvolvimento da prole ao detentor da guarda que, na maioria das vezes, nas instituições privadas é o responsável financeiro. Prova disso é que em 2009, por meio da Lei n. 12.013, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96) foi alterada para obrigar às escolas a ‘informar pai e mãe, conviventes ou não com seus filhos’ sobre a frequência e rendimento dos alunos, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola (art. 12, VII, da Lei n. 9.394/96) (ROSA, 2015, p. 88).

Nesse sentido, a Nova Lei da Guarda Compartilhada, nos dizeres de Angela Gimenez, pode ser denominada como a Lei da “Igualdade Parental” (2014), uma vez que,

com as novas alterações trazidas no Código Civil, os genitores passaram a dispor igualdade de direitos e deveres sobre seus filhos, devendo sempre trabalhar conjuntamente buscando o melhor desenvolvimento na vida do menor.

Ademais, a prole possui direito de crescer e conviver com a presença de ambos os pais, bem como de não sofrer nenhum prejuízo pelo simples fato do relacionamento amoroso de seus genitores ter se rompido, havendo sempre que lembrar que ao menos em algum momento pretérito esse relacionamento foi desejado tanto pelo pai como pela mãe.

Assim, se por algum motivo esse sentimento de carinho e respeito entre os pais chegou ao fim e o relacionamento se rompeu, as últimas pessoas que devem sofrer as consequências desse término são os filhos, motivo pelo qual os pais devem tentar resgatar o respeito que existia e buscar, simultaneamente, alcançar o melhor para a vida de seus filhos, para que eles consigam ter o máximo possível da presença de ambos no seu dia a dia, da mesma forma que seria se os genitores ainda estivessem juntos e vivendo na mesma residência.

3.3 Do Descumprimento das Atribuições e as Consequências ao Genitor Renitente

A guarda compartilhada nada mais é do que um instituto que busca preservar a corresponsabilidade dos genitores perante seus filhos, no exercício do dever parental, após o rompimento do relacionamento amoroso ou do vínculo conjugal dos pais.

O escopo, nesse viés, é minimizar o sofrimento, e preservar os laços afetivos, entre pais e filhos, para que as crianças e adolescentes consigam sentir e entender que o que se rompeu foi o relacionamento entre homem e mulher, e não entre pai e filho ou mãe e filho, já que esse último é um laço eterno e indestrutível.

Assim, com o intuito de estreitar as relações, bem como preservá-las, é que nasceu a guarda compartilhada, ocasião em que os genitores passaram a desenvolver conjuntamente as responsabilidades perante a prole do mesmo jeito que seria caso ainda estivessem em um relacionamento amoroso, residindo toda a família sob o mesmo teto.

Para Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 199):

O básico e escrupuloso respeito ao cumprimento dos lapsos de tempo de permanência alternada dos pais com seus filhos é regra social que os genitores devem observar de forma cartesiana, e não é de ninguém desconhecido como é comum os pais se provocarem mutuamente, deixando de buscar ou de devolver sua prole nos horários previamente agendados, retendo roupas que a prole vestia quando saiu de um lar para o do outro

genitor, agindo de forma passional e com a única intenção de provocar e atizar a discórdia e a permanente dissensão de desordens perpetuamente presentes.

Dessa forma, visando evitar tais descumprimentos, bem como minimizar as atitudes de provocação entre ambos os genitores, é que as responsabilidades, conforme mencionado no tópico anterior, serão estabelecidas pelas partes ou, em caso de discordância, pelo magistrado da causa, as quais serão descritas na sentença, como uma forma de segurança para ambos os pais, e, principalmente, para os filhos. Nos dizeres de Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 90):

A sistemática de responsabilidade e dinâmica será, de preferência, fixada em sentença de forma detalhada para que, em havendo descumprimento, alguma atitude possa ser realizada. Destaca-se que o detalhamento não significa inflexibilidade, até porque a rotina dos filhos é bastante dinâmica. Um dos genitores se opor a trocar o final de semana que ficaria em companhia do filho porque é aniversário do outro progenitor, por exemplo, é demonstração de que talvez ele esteja agindo com a imaturidade que não é peculiar à postura que ocupa.

Continuam os autores Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 199), dizendo que:

Pela mesma linha de elevada consideração passam as atitudes de obrigatório respeito e apoio que os pais devem atribuir ao exercício do poder familiar do outro genitor, para não causar nenhuma subversão de autoridade e, tampouco, cuidar para não estabelecerem nenhuma perda de autoridade diante dos comandos e das orientações desenhadas e indicadas de parte de cada genitor, sob o grave risco de os filhos perderem o respeito em relação a seus pais e de criarem vias de exploração de chantagens emocionais e de absoluto controle da vontade dos genitores.

Tencionando colocar um fim nessas atitudes que, não raras vezes, eram utilizadas pelos pais no exercício da guarda, igualmente buscando tirar esse poder que os genitores acreditavam ter com relação aos filhos para utilizá-los como armas para atingir seu ex-companheiro, é que a Lei n. 11.698/2008, em seu artigo 1.584, §4º, da nossa codificação civil, passou a assegurar a seguinte punição aos pais que descumprissem com o período de tempo de permanência alternada do outro genitor com seus filhos:

A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, **inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho** (grifei) (Brasil, 2002, p. 335).

Todavia, supracitado parágrafo foi muito criticado por estudiosos do ordenamento jurídico, como a doutrinadora Ana Carolina Teixeira (2009, p. 115-116), principalmente no que diz respeito ao final do trecho, os quais afirmavam que tal dispositivo feria diretamente o princípio do melhor interesse do menor, pois o legislador buscou punir o pai sem ao menos ponderar se referida atitude iria colocar em risco o menor, tal como ir contra os interesses da prole.

Assim, com o advento da Lei n. 13.058/2014, foi retirada a parte final do supradito parágrafo que possibilitava a restrição do número de horas de convivência dos filhos com o pai que descumprir, sem motivos, o tempo de visitas do outro genitor. Porém, para o desagrado de muitos doutrinadores, o legislador conservou a viabilidade de diminuição das prerrogativas atribuídas ao detentor que descumprir com o acordado.

Penalidades representam respostas da ordem jurídica ao ilícito, e convém, desde logo, entender que somente serão devidas as sanções concretizadas em processo justo (art. 5º, LV, da CF). O agente tido como infrator deverá ser cientificado das denúncias que lhe são dirigidas para exercer direito de defesa, devendo o juiz criar o contraditório célere, ainda que de maneira incidental (no próprio processo em que a guarda foi constituída) ou em outro processo autônomo, se assim for manifestado. A gravidade do fato poderá justificar, em virtude do melhor interesse da criança, decisões emergenciais e provisórias baseadas no juízo da verossimilhança e do *periculum in mora* (ZULIANI apud ROSA, 2015, p. 91).

Destarte, mesmo que o legislador tenha deixado uma lacuna ao não estabelecer quais seriam as reduções de prerrogativas que podem ser aplicadas ao genitor que vier a descumprir com o acordo estabelecido na guarda compartilhada, há que se afirmar que o intuito maior do dispositivo é não deixar impune o pai que não observar suas funções parentais de modo injustificado.

Nos dizeres de Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 91):

O filho, um adulto em processo de desenvolvimento, necessita da coparticipação de ambos os genitores. O certo é que os advogados, promotores, juízes e todos os profissionais que laboram nos processos de família não podem servir como partícipe das vinganças sentimentais de um dos pais com relação ao outro.

Continua ainda o autor dizendo que (2015, p. 91):

Assim, como na antiga brincadeira de “cabra-cega” – em que um participante anda com uma venda sobre os olhos -, o filho, seja criança,

adolescente ou jovem, não possui o necessário discernimento para suas escolhas e atitudes. Assim, ele não pode ser “garoto de recados” nem “ouvidos” de quem se quer atingir.

Estimando, nesse viés, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, com previsão legal no artigo 227, do Texto Maior, e no artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é que Poder Judiciário deverá utilizar-se de todos os recursos possíveis para efetivar e assegurar os direitos inerentes ao menor.

Diante desse seguimento, visando atender o mencionado princípio, é que se passou a entender a execução de multa (astreintes) ao genitor que descumprir com as suas atribuições como método eficaz a garantir os direitos do menor, a qual tem fundamentação no atual Código de Processo Civil, em seu artigo 536, §1º.

No mais, a aplicação da multa tem o cunho de inibir que o genitor venha a descumprir com as suas atribuições assumidas perante seus filhos. Assim, pode-se dizer que o escopo da referida medida é de um meio de coerção indireta e não de uma sanção ou reparação.

Dimas Messias de Carvalho diz que:

O descumprimento injustificado do dever do guardião em proporcionar uma convivência familiar saudável do infante, violando seus direitos e abusando do exercício da autoridade parental, autoriza a aplicação de medidas de proteção para fortalecer ou restabelecer os vínculos familiares (arts. 98, II, e 100 do ECA). Autoriza ainda a imposição de medidas pertinentes aos pais ou responsáveis previstas no art. 129 da Lei n. 8.069/90, como advertência, encaminhamento a orientação psicológica, modificação da guarda e, em casos mais extremos, a suspensão ou perda do poder familiar, conforme possibilitam os arts. 22 e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente (CARVALHO apud ROSA, 2015, p. 92-93).

Assim, para concluir este tópico, é de se reiterar que o genitor que vier a descumprir com as suas atribuições, estipuladas em acordo ou em sentença proferida pelo juiz, deve ser censurado, seja pela redução de suas prerrogativas ou pela aplicação de multa, para que este futuramente não venha mais a faltar com suas obrigações de pai, mas, ao revés, venha a cumpri-las de forma impecável, para que o instituto da guarda compartilhada atinja seu escopo.

3.4 Do Pagamento de Alimentos: “a gente não quer só comida”

O homem necessita de auxílio para conseguir desenvolver-se e obter sua autonomia. Entretanto, para conquistar esta tão almejada independência é inevitável que ele tenha que passar por um período de dependência e, assim, conseguir assegurar sua subsistência. Por isso é que o ordenamento jurídico determina que certas pessoas devam conceder alimentos para a assistência e a manutenção do outro.

Diante disso, é que o nosso ordenamento jurídico brasileiro resguarda, em seu artigo 1.694, do Código Civil, que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação” (Brasil, 2002, p. 341).

Diz ainda, o nosso Código Civil, que os alimentos apenas serão devidos quando os que pretendem não possuem bens necessários, bem como não podem recorrer-se, por meio do seu trabalho, para o seu próprio sustento. No mesmo sentido, aquele a quem se pleiteia os alimentos poderá fornecê-los desde que tal situação não lhe acarrete em prejuízo para o seu próprio sustento (artigo 1.695).

A determinação de prestação de alimentos, assim, se traduz em uma solidariedade familiar, a qual tem previsão no artigo 3º, inciso I, do nosso Texto Maior. Sobre o tema, afirma Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 94):

Sob a ótica desse princípio, a solidariedade familiar pactua que a responsabilidade pela existência e sobrevivência de cada um dos membros da sociedade não é apenas dos membros públicos, mas da sociedade em si e de cada um de seus integrantes. Assim, tal princípio jurídico impõe efeitos de responsabilização dos pais em relação aos filhos (inclusive para muitos além da maioria desses), bem como entre o casal.

Continua ainda o autor (2015, p. 94):

Os alimentos sempre pressupõem a existência de um vínculo jurídico, podendo existir de origens diversas. Na prática do direito de família temos a aplicação dos denominados alimentos legais, que são originados a partir de uma relação de parentesco ou da dissolução de união afetiva (casamento, união estável, união homoafetiva ou qualquer outra modalidade de entidade familiar, desde que haja dependência econômica de algum dos integrantes ao longo do relacionamento). Essa modalidade é prevista do *caput* do art. 1.694 do CC.

A pensão alimentícia é uma maneira de assegurar o direito à vida, o qual é um direito fundamental e está garantido no artigo 5º, “caput”, da nossa Constituição Federal. Diante disso, o direito de auferir os alimentos é personalíssimo e, por isso, não pode ser repassado para outra pessoa. Nesse sentido é o que declara o Código Civil, em seu artigo 1.707, ao dizer que “pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

Para Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 97):

O direito à prestação alimentícia é, inicialmente, um direito **personalíssimo**, conforme prevê o início do art. 1.707 do CC, em que nossa codificação civil prevê que ‘pode o credor não exercer’. Dessa forma, verifica-se que a titularidade do direito é exclusiva do credor, não podendo outra pessoa pleitear em seu nome um direito que lhe é essencial.

Prossegue ainda o autor ao falar da irrenunciabilidade do direito à prestação alimentícia (2015, p. 98):

Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar ao direito a alimentos. Ao que se pode renunciar é a faculdade de exercício, não a de gozo. Não é válida, portanto, declaração segundo a qual um filho vem a desistir de pleitear alimentos contra o pai. Embora necessitado, pode ele deixar de pedir alimentos, mas não se admite renunciar a tal direito.

Com o término do relacionamento rompe-se o vínculo conjugal entre os ex-cônjuges. Todavia, conforme já mencionado nesse presente trabalho, a separação e o divórcio não encerram as relações com os filhos, bem com as responsabilidades inerentes aos genitores pelo poder familiar, entre as quais se encontra a responsabilidade de prover o sustento financeiro designando à subsistência dos menores.

Para Alice Mills Morrow – especialista em economia familiar-, ao fixar os alimentos para os menores, deve-se observar duas vertentes: 1. Os gastos inerentes às compras de bens e prestações de serviços para a prole; bem como 2. As despesas que geram aos genitores com os afazeres e gastos da residência (1991, p. 97).

Para Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 281):

Os custos em atenção aos filhos podem ser diferenciados entre ordinários e extraordinários, sendo os primeiros aqueles que a prole precisa de forma habitual ao largo do ano e cuja necessidade pode ser prevista ao longo deste período, compreendendo inegavelmente, os custos com a alimentação, vestuário, educação, assistência médica e odontológica, e todos aqueles gastos que envolvem a habitação e conforto ao qual a família estava

acostumada na constância da sua harmônica convivência, e tais despesas foram incorporadas e seguem consolidadas mesmo depois da ruptura conjugal, não devendo ser esquecido, como usualmente acontece, que a pensão alimentícia é inconstitucionalmente tributada. Serão gastos extraordinários todos aqueles que podem surgir em relação aos filhos menores de forma excepcional e que aparecem de forma imprevista a todo momento.

Afirmam ainda os autores (2015, p. 281-282), que:

As despesas suportadas pelo divórcio ampliam por causa da duplicação das residências, enquanto o tempo gasto no lar pelos pais não aumenta, resultando o compartilhamento da custódia em uma divisão equitativa dos custos de tempo e de energia dos pais.

Não há dúvidas de que as despesas econômicas de uma pessoa que mora sozinha é menor se comparada com os gastos de uma pessoa que reside com seus filhos. Sem contar que grande parte desses custos é permanente, ou seja, gastos com internet, televisão a cabo com canais destinados exclusivamente aos filhos, à duplicação dos itens caseiros, entre outros.

Ademais, os valores gastos com o transporte da prole também aumentam, tendo em vista que há o deslocamento entre as duas moradias de seus genitores, bem como com o transporte escolar, como no caso de famílias que moram em grandes cidades.

Nos dizeres de Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 282), ao falarem do genitor guardião e a forma como pagam a sua parte da pensão alimentícia, afirmam que:

Também deve ser lembrado que os pais utilizam boa parte do seu tempo com as tarefas destinadas aos interesses diretos dos filhos, e quem serve como referência para a moradia principal tem mais ainda do seu tempo entregue aos cuidados com sua prole, em evidente prejuízo de suas obrigações pessoais e profissionais, por vezes precisando trabalhar em apenas um turno do dia e, obviamente, sofrendo os custos financeiros de uma menor jornada de labor, não sendo nada infrequente ter de sacrificar mais ainda seu trabalho quando o filho se encontra doente, precisando renunciar promoções, horários extras de trabalho ou transferências em razão das responsabilidades que tem em relação aos seus filhos. Pais despendem grande quantidade de tempo e energia cuidando dos filhos, precisando muitas vezes o guardião contar com duas fontes de renda para prover adequadamente as necessidades materiais de sua progênie e todo genitor guardião luta com muito esforço para contrabalançar o tempo e a energia necessária para atender a família e às suas responsabilidades.

Ainda sobre o tema concluem os autores (2015, p. 283):

Desse modo estes genitores cumprem sua obrigação alimentar mediante uma doação maior de seu tempo e a renúncia na busca de suas próprias oportunidades, representando este sacrifício no comum das vezes um custo social e profissional bastante elevado se for considerado que este genitor dedicado à casa e aos filhos, mesmo que trabalhe fora, tem significativamente menores oportunidades de crescimento pessoal e de ascensão profissional, ficando de fora das promoções e premiações que labores de dedicação e empenho adicionais são proporcionados pelos empregadores.

Muitas pessoas acreditam que se alterarem a guarda de seus filhos para a modalidade de guarda compartilhada não precisarão mais realizar o pagamento da pensão alimentícia para a sua prole, o que é um pensamento muito equivocado.

Aliás, a ideia já começa errada quando a finalidade do genitor não é a de melhorar a realidade de seus filhos, os quais tiveram suas rotinas de convivência com ambos os pais radicalmente modificadas devido ao rompimento do vínculo conjugal, mas sim de se ver livre de sua obrigação – e direito se seus filhos- que consiste em prestar alimentos.

Angela Gimenez diz que:

É equivocada a ideia de que a Lei n. 13.058/2014 poderia eximir um dos pais do pagamento da prestação alimentícia nem, ao menos, proporcionar-lhes redução na contribuição em curso. Tal ideia, conforme Angela Gimenez, não passa de mera retórica daqueles que insistem em manter um sistema retrógrado e descolado da necessidade e dos anseios sociais, pois, por si só, a guarda compartilhada não implica alteração dos alimentos pagos (GIMENEZ apud ROSA, 2015, p. 103).

Para Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 283):

Apenas quando existe de fato uma equilibrada divisão de permanência dos pais com os seus filhos, ocupando-se os dois genitores em tempo integral com as tarefas de cozinhar, lavar, da disciplina e cuidados efetivos da prole, repartindo o tempo e a energia das responsabilidades da casa e dos vínculos parentais, e ambos tendo empregos com semelhantes ingressos financeiros é que podem pensar em revisar ou dispensar a pensão alimentícia.

Em alguns casos, o genitor acredita que pelo simples fato de estar se dedicando em tempo igual para o seu filho não há mais a necessidade de quitar os alimentos, pois já está cumprindo com o seu papel de pai. Conforme já mencionado, esse pensamento é errado, pois a possibilidade desse compartilhamento ter sucesso já é diminuída quando o genitor a faz com a intenção de isentar-se de sua obrigação de prestar alimentos.

Nos mais, para que houvesse a possibilidade de discutir sobre a dispensa ao pagamento da pensão de alimentos, além da igualdade de divisão de tempo e cuidados, ambos os genitores devem receber iguais proventos, bem como devem dividir igualmente as despesas dos filhos (MADALENO, 2015, p. 283).

É de destacar, inclusive, que nem mesmo com o texto anterior do Código Civil, o qual sobreveio com a Lei n. 11.698 de 2008, os Tribunais isentaram o dever de prestação alimentícia dos genitores dentro da modalidade da guarda compartilhada. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MENOR. GUARDA COMPARTILHADA. ALIMENTOS DEVIDOS PELO GENITOR. Inexiste restrição legal para a prestação de alimentos se a guarda é compartilhada. RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70053239927, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 14/02/2013) (TJ-RS - AI: 70053239927 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 14/02/2013, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/02/2013).

Inclusive, se o fato de o genitor passar a compartilhar a custódia física do menor o isentasse da pensão alimentícia, no período das férias escolares, por exemplo, ocasião em que geralmente a criança e o adolescente vão para a residência do outro genitor não guardião, não seria exigido o pagamento da pensão naquele mês. Entretanto, isso não ocorre. Conforme o entendimento de Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 104):

Durante o período de férias, mesmo que o genitor não guardião fique a totalidade do período em companhia do filho, permanecem os alimentos já fixados. Isso porque, por mais que o filho esteja sendo atendido em suas necessidades básicas durante esse período por parte do alimentante, é certo que aquele genitor que administra os valores da verba alimentar possui despesas fixas, tais como mensalidade da escola, internet, cursos, entre outros.

Ademais, a Lei n. 13.058 de 2014, nada definiu a respeito da majoração, redução ou exoneração da pensão alimentícia nas hipóteses de compartilhamento físico de sua custódia, devendo, assim, continuar com o entendimento que traz o artigo 1.694, do Código Civil Brasileiro.

Nos dizeres de Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 287):

A singela adoção de uma guarda compartilhada física de divisão equilibrada do tempo de convivência do filho não é critério suficiente para unificar uma generalizada supressão dos alimentos, embora seja igualmente evidente que o tempo maior de permanência de um filho com o outro genitor, ou a

existência de uma convivência habitual até possa influenciar na contribuição financeira do provedor de alimentos, permitindo eventual e pontualmente uma repartição mais equitativa dos custos domésticos, mas sempre evitando pelo princípio da proporcionalidade, se origem graves problemas pela supressão pura e simples da pensão alimentícia.

É como demonstra a música do Titãs, “a gente não quer só comida” (ROSA, 2015, p. 105). Dessa forma, o valor recebido no tocante aos alimentos também deve auxiliar para que a prole viva conforme a sua condição social, para atender, inclusive, o seu lazer e educação (CC artigo 1.694).

Com relação ao valor a ser pago, a legislação não estipula nenhum parâmetro, devendo o magistrado, nos termos do artigo 1.694, §4º, utilizar-se do binômio necessidade e possibilidade. Em outras palavras, o Juiz da causa deverá analisar a necessidade de quem pleiteia os alimentos e, em contrapartida, a possibilidade financeira de quem paga - alimentante.

Para Eduardo de Oliveira Leite (2012, p. 138), é difícil estipular um percentual inflexível no tocante ao valor a ser pago como pensão, pois “a complexidade da vida humana e a enorme diversidade de situações socioeconômicas são, apenas, dois argumentos invocáveis, suficientes a destruir a ‘lógica’ daquele pretensão raciocínio matemático”.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 104):

O direito de família é fortemente caracterizado por ser um direito de caso concreto. Em se tratando de pensão alimentícia, essa característica se acentua ainda mais, vez que não existe uma sentença em que se discutem alimentos que seja igual a outra.

No mais, para a autora Alice Mills Morrow (1991, p. 97), o genitor que convive maior tempo com os filhos acaba por auxiliá-los mais financeiramente, pois acaba tendo maior contato com as necessidades diárias que uma criança ou um adolescente podem ter. Assim, o pai passando a ter essa postura, faz com que a genitora passe a compreender que pode contar com o seu ex.-companheiro financeiramente no sustento da prole, se tornando, também, mais sensível ao entender eventuais dificuldades econômicas que o genitor possa sofrer.

Por fim, não há que se falar em exoneração da pensão alimentícia em virtude da guarda compartilhada. Aliás, conforme acima mencionado, o genitor não guardião que passar a ter maior contato com os filhos notará quais são os reais interesses deles e, por consequência, passará a assessorá-los mais, tanto financeira como psicologicamente.

3.5 Da Possibilidade da Ação de Prestação de Contas: “quem não deve, não teme”

O artigo 1.583, em seu parágrafo terceiro, do Código Civil, concebeu uma obrigação ao genitor não guardião, a qual consiste em supervisionar o modo com que o titular da guarda unilateral vem a exercendo, trazendo, inclusive, a possibilidade de exigir-lhe a prestação de contas. Assim, diz o texto do citado artigo:

A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos (Brasil, 2002, p. 335).

Sendo totalmente legalista, o direito de o genitor pleitear uma ação de prestação de contas em desfavor do outro genitor guardião, de acordo com o supracitado artigo, conservou-se limitado aos casos de guarda unilateral, não se referindo, em nenhum momento, que há similar direito no que diz respeito a guarda compartilhada (SIMÃO, 2015).

Quando há o estabelecimento de alimentos a serem pagos por parte de um dos genitores em proveito da prole, em regra, quem fica responsável para administrar tais valores recebidos é o detentor da guarda, o qual fica obrigado a utilizá-los em benefício do bem-estar e da manutenção do alimentado.

Entretanto, a inserção dessa obrigação, visando total proteção ao menor, trouxe grandes discussões e controvérsias no tocante ao significado e a extensão dessa prerrogativa imposta ao genitor não guardião. Para Jamil Miguel (2015, p. 45):

Em primeiro lugar, é preciso registrar que, em nossa concepção, essa prestação de contas a que alude o texto legal não diz respeito aos alimentos propriamente pagos em pecúnia e sua regular ou irregular utilização pelo guardião, em benefício do menor.

Nos dizeres de Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 110):

A doutrina e a jurisprudência sempre foram bastante reticentes à possibilidade de que o alimentante possa pleitear a prestação de contas dos valores pagos, sendo o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça de que ele não detém interesse de agir quanto ao pedido de prestação de contas formulado em face da guardiã. De acordo com os julgados, é irrelevante, até mesmo, que a ação tenha sido proposta com base no art.

1.589 do Código Civil, uma vez que esse dispositivo autoriza a possibilidade de o genitor que não detém a guarda do filho fiscalizar a sua manutenção e educação, mas, por outro lado, não permite a sua ingerência na forma como os alimentos prestados são administrados pela genitora.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

(...) Aquele que presta alimentos não detém interesse processual para ajuizar ação de prestação de contas em face da mãe da alimentada, porquanto ausente a utilidade do provimento jurisdicional invocado, notadamente porque quaisquer valores que sejam porventura apurados em favor do alimentante, estarão cobertos pelo manto do princípio da irrepetibilidade dos alimentos já pagos. (STJ - REsp: 985061 DF 2007/0212442-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª Turma. Data de Julgamento: 20/05/2008, DJU 16/06/2008).

O magistrado Fenando Henrique Pinto sustenta que:

A inadequada aplicação dos recursos da pensão alimentícia pelo guardião, no caso de desvio deles para outra finalidade, não dará azo à ação de prestação de contas, mas a outras providências de natureza judicial, que poderão ser buscadas no sentido de coibir a depauperação dos recursos alimentares, em detrimento da criança ou adolescente a cuja criação e educação se destinam (PINTO apud MIGUEL, 2015, p. 47).

O intuito dessa providência é a de assegurar os princípios referentes ao melhor interesse do menor, da proteção integral e da dignidade da pessoa humana. Todavia, se esse poder/dever do genitor não guardião em exigir prestação de contas for mal utilizado e interpretado, poderá gerar mais e maiores problemas entre pais que ainda guardam mágoas do término do relacionamento.

Nesse viés, genitores insatisfeitos com a “perda” da guarda do filho para o ex-parceiro poderiam usar essa prerrogativa de forma errônea e atulhar ainda mais o Judiciário com ações cuja verdadeira finalidade é a de atingir e prejudicar a outra parte – e não atender o melhor interesse da criança e do adolescente.

Assim, afirmam Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2015, p. 291), que “pode existir abuso por parte do devedor de alimentos ao encontrar na prestação de contas uma maneira de incomodar o ex-cônjuge com reiteradas admoestações processuais”.

Ademais, perante o convívio entre o genitor guardião e os filhos, se torna muito árduo, senão inconcebível, desassociar os gastos de um e de outro, pois alguns benefícios são gozados conjuntamente, dentro ou fora da residência.

Diante disso é que passamos a nos questionar: seriam válidos e suficientes os comprovantes assinados pela própria criança ou adolescente referente às mesadas que auferem para despende com os amigos durante o fim de semana, por exemplo? Ou até mesmo reivindicar que o menor fique responsabilizado, durante seus passeios, de pleitear recibos dos alimentos que consome ou dos entretenimentos que realiza?

Por isso é que alguns doutrinadores entendem que a expressão “prestação de contas” assegurada no artigo 1.583, §5º, do Código Civil, possui uma definição mais ampla e não limitada aos alimentos pecuniários. Segundo Jamil Miguel (2015, p. 48):

Daí o entendimento de que os alimentos em pecúnia, uma vez entregues, não são bens pertencentes mais ao alimentante que, por isso – e ainda por serem os alimentos irrepetíveis- não tem interesse jurídico para a clássica ação de prestação de contas. Nem pertencem ao alimentado exclusivamente, mas sim ao próprio guardião, embora destinado à contribuição para o sustento e educação da criança ou adolescente.

Continua ainda o autor (2015, p. 49):

Ora, é evidente que não está se referindo unicamente à pecúnia, a valores, mas à forma de aplicação dos recursos e à própria eficiência ou não do guardião na desincumbência de seus deveres genéricos inerentes à guarda unilateral, muitos dos quais sem conteúdo econômico imediato.

Entretanto, não são todos os doutrinadores que compartilham desse entendimento, como por exemplo, Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 112), o qual afirma que a Lei n. 13.058/2014 solucionou o entendimento de possibilidade ou não da ação de prestação de contas ao inserir o §5º, do artigo 1.583, do Código Civil. Para ele, inibir a ação de prestação de contas é sinônimo de expor em perigo os interesses do menor.

O autor ainda defende que (2015, p. 112):

Não se olvide, ainda, da possibilidade de admitir que o próprio filho exija a prestação de contas do guardião que lhe administra a pensão, pois é o filho o titular do valor recebido a título de alimentos. Em tais situações, poderá ter aplicação o disposto no art. 1.692 do Código Civil.

No mais, Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 115), diz que “trata-se da aplicação do ditado popular ‘quem não deve, não teme’. A Lei n. 13.058/2014 veio afastar os entraves da fiscalização que poderiam ser impostos por aqueles que administram de forma temerária a verba alimentar” da prole.

Diante da divergência de opiniões, acreditamos assistir razão a primeira corrente - que sustenta a falta de interesse processual do alimentante - e, assim, deve ser mantida a orientação jurisprudencial já consolidada, a despeito de ponderáveis argumentos sem sentido contrário.

3.6 Do Direito de Visitas: “Mãe, posso ir?”

O nosso Código Civil, em seu artigo 1.589, “caput”, regulamenta o direito de visitas, oportunidade em que o legislador estabelece, bem como resguarda, o direito que a criança e o adolescente possuem de conviver em companhia com o seu genitor não guardião. O citado artigo diz que “o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação” (Brasil, 2002, p. 336).

Contudo, a locução “visitas” não traz o sentido correto para o direito que o menor possui, pois este traz a ideia de algo esporádico e distante. Assim, referida expressão segue justamente em desfavor ao que a nossa Carta Magna resguarda ao menor – direito à convivência familiar-, o que ocasionaram grandes críticas entre os doutrinadores.

Nesse sentido, reza o artigo 227, da Constituição Federal (Brasil, 1988, p. 133):

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

A criança e o adolescente são indivíduos em “processo de desenvolvimento” e, principalmente nessa fase, precisam ter seus genitores e familiares por perto, pois é nesse momento em que começam a construir sua personalidade, caráter e saúde mental. Diante disso é que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º e artigo 16 reafirmaram esse direito do menor de conviver com a familiar – e não de receber visitas.

Nos dizeres de Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 119):

Indo além sob a ótica da doutrina da proteção integral, privar uma criança e adolescente da sadia convivência com seus ascendentes é, por certo, dispensar tratamento negligente, desumano e cruel, foras de atendimento que não se coadunam com a previsão contida no art. 227 da Constituição Federal.

Embora esse direito de convivência seja expressamente resguardado, inúmeras famílias descumprem tal previsão e passam a restringir esse tempo de convivência entre o pai não guardião e o filho, motivo pelo qual essa convivência se torna, literalmente, uma visita, ocasião em que a prole vê o seu outro genitor a cada quinze dias, ou, em não raros casos, apenas nas férias escolares e feriados prolongados.

Esse ultrapassado modelo gerava, por certo, a formação de ‘pais recreativos’ ou de *fast food* que, considerando o restrito tempo de convívio com o filho, muitas vezes faziam a criação de um mundo encantado em que todos perdiam: a) o não guardião que precisaria ter uma programação cultural recreativa intensa, forçado a usar os poucos dias para fazer toda a programação que não consegue realizar com o filho nos demais dias do mês; b) perdia o guardião que, ao filho retornar para a casa depois de tantas atividades, por vezes gerava a sensação de que o genitor legal é o visitante, quando ‘faz coisas legais’, e o titular da guarda realiza as funções ‘chatas’ de cobrança de temas de casa, higiene, horário para dormir e necessidade de comer salada; e, por último, c) perde o filho, dividido entre dois mundos por escolha de seus progenitores e diversas vezes usado como ‘cabo de guerra’ entre ambos (ROSA, 2015, p. 120).

Diante disso é que a doutrina e a jurisprudência substituíram o termo “visitas” pela expressão “convivência”, passando a demonstrar de uma maneira correta o direito que o menor tem de conviver com seus dois genitores, independentemente do que tenha ocorrido no passado e ocasionado o rompimento do vínculo conjugal entre eles. Até porque, conforme já mencionado, não existe a locução ex.-filho.

Nos dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira (2013, p. 90), a família é o núcleo de realização pessoal e afetiva de seus membros e “o término da relação conjugal em nada deve mudar essa concepção. É preciso entender que a família não se dissolveu, mas tão somente a conjugalidade, isto é, a família nuclear passou a ser binuclear”.

Por esse motivo é que a Lei n. 13.058/2014 introduziu no Código Civil, em seu artigo 1.583, §2º, que “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos” (Brasil, 2002, p. 335). Tal dispositivo visa reduzir a desigualdade de tempo entre o guardião físico e o genitor não guardião.

Ao estabelecer, a nova redação de nossa codificação civil, a partir da Lei n. 13.058/2014, que essa convivência será equilibrada, importa na impossibilidade da antiga fixação de ‘finais de semanas alternados’. Afinal, quatro dias para um dos pais em detrimento de outros vinte e seis de

companhia da prole com o outro jamais poderão ser interpretados como ‘convivência equilibrada’, que passa a ser a lógica do sistema jurídico (ROSA, 2015, p. 123).

Assim, essa convivência que o instituto da guarda compartilhada busca alcançar, nada mais é o que ocorreria caso a criança estivesse morando com ambos os pais sob o mesmo teto. É exatamente dessa atenção e compreensão que a criança precisa ter durante os seus dias, ela precisa ter a segurança de que ambos os pais estarão a auxiliando.

Ademais, é conservando a convivência da criança e do adolescente com ambos os pais que, conseqüentemente, também estará preservando os direitos inerentes aos filhos. Nesse mesmo sentido, os pais também estarão realizando o seu dever de autoridade parental, o qual não é e não pode ser realizada por apenas um dos genitores - o guardião, pois os direitos e deveres dos menores não acabam com o divórcio dos pais.

Para que haja sucesso na convivência equilibrada, bem como no compartilhamento de tarefas a serem realizadas no dia-a-dia dos filhos, o ideal seria que os genitores construíssem juntos como será os dias, horários e locais para buscar o menor, lembrando que tais assuntos devem ser acordados buscando o melhor interesse da prole e não dos pais.

Por meio do auxílio da equipe interdisciplinar atuante na Vara de Família ou em ambiente mediativo (por meio de sessões de mediação) os pais podem apresentar um plano de convivência detalhado e pensando em conjunto. Quando não existir essa disposição, não haverá outra saída: mediante provocação dos advogados ou, em último caso, de ofício, o juiz e o promotor deverão auxiliar as partes nesse mister e, até mesmo, realizar esse projeto de forma impositiva (ROSA, 2015, p. 125).

Por fim, conforme abordado pelo autor Conrado Paulino da Rosa (2015, p. 126), “distância física não é distância afetiva”. Diante disso, ambos os pais devem, conjuntamente, tutelar dos cuidados primordiais de seus filhos, bem como devem reconhecer a importância que ambos possuem para que ocorra o bom desenvolvimento físico e psíquico da prole.

Pois, ainda que ocorra de forma imposta, a eficácia do direito de convivência é, sem dúvida, a maneira eficaz de assegurar o princípio da dignidade, afetividade e entre outros direitos que nosso ordenamento jurídico resguarda como proteção aos filhos e dever dos pais de realizar.

3.7 Das Críticas Inerentes ao Instituto da Guarda Compartilhada.

Conforme já registrado no presente trabalho, a real mudança que a guarda alternada ocasionou, fazendo uma comparação com o instituto da guarda unilateral, é que nesta o genitor não guardião apenas possui direito de visitas, as quais, em regra, são estipuladas nos fins de semana intercalados.

Já na guarda compartilhada, o genitor que não tiver a custódia da prole deverá passar a ter maior convívio com os filhos durante a semana, do mesmo modo que ocorreria caso residissem sob o mesmo teto. Nos dizeres de José Fernando Simão (2015):

A questão da guarda compartilhada se resume a um único e relevantíssimo aspecto. A companhia física de criança, ou seja, o convívio entre pais e filhos. Na guarda unilateral, a mãe, normalmente, tem a guarda e o pai apenas o direito de visita quinzenal da criança aos fins-de-semana. Na guarda compartilhada há um convívio intenso e, em regra, mais saudável do pai com seus filhos.

A guarda compartilhada busca intensificar os laços entre genitores e prole, e assim o faz determinando maior convivência no decorrer da semana entre pais e filhos, fazendo com que a criança deixe de ter um contato apenas quinzenal com o seu outro genitor não detentor de sua custódia, bem como que este passe a participar com maior frequência nas decisões relativas à vida de seus filhos.

Nos dizeres de José Fernando Simão (2015), “o pai deixa de ser o ‘papai do fim-de-semana sim, fim-de-semana não’ e passa a ser pai em sua plenitude, sempre no melhor interesse do menor, por óbvio”.

Entretanto, existem críticas no que diz respeito que a guarda compartilhada passa a exigir que ambos os pais venham a participar das decisões referentes ao menor, pois isso não muda, ou ao menos não deveria alterar, pelo simples fato de ser guarda compartilhada ou unilateral – já que esta prerrogativa dos pais decorre do poder familiar e não da guarda em si.

Não é pelo fato de a guarda ser unilateral que as decisões referentes aos filhos passam a ser exclusivas daquele que detém a guarda. Decisão sobre escola em que estuda o filho, religião, tratamento médico entre outras já é sempre foi decisão conjunta, de ambos os pais, pois decorre do poder familiar. Não é a guarda compartilhada que resolve essa questão que, aliás, nenhuma relação tem com a posse física e companhia dos filhos (SIMÃO, 2015).

Diante disso, muitos doutrinadores criticam o instituto da guarda compartilhada, pois alegam que esta busca assegurar uma postura dos genitores que não decorre da guarda propriamente, mas sim do poder familiar.

Ademais, outra crítica realizada é no tocante a obrigatoriedade da fixação da guarda compartilhada, mesmo que ambos os genitores não concordem com tal imposição. Pois, para que esta haja sucesso, pressupõe que ambos os genitores mantenham um diálogo, bem como uma harmonia e convivência pacífica entre eles.

Entretanto, se ambos os pais não conseguem chegar a um consenso e se desarmar para fixar uma guarda onde ambos vão trabalhar conjuntamente para realizar e satisfazer o melhor interesse de seus filhos, como é que isso irá ocorrer se a guarda compartilhada for fixada contra a vontade deles?!

Nos dizeres de Flávio Tartuce (2015):

Apesar da expressa previsão legal anterior de prioridade, dos esforços interdisciplinares suscitados pela doutrina anterior e no entendimento jurisprudencial, sempre se acreditou na existência de certos entraves para a efetivação da guarda compartilhada. Isso porque, para que seja possível a concreção dessa modalidade de guarda, este autor acredita ser necessária certa harmonia entre os cônjuges, uma *convivência pacífica mínima*. Ressalte-se, nesse contexto, a existência de prejuízos à formação do filho, pelo *clima de guerra* existente entre os pais.

Continua ainda o autor:

Com o devido respeito, sempre criticamos essa forma de julgar, pois o compartilhamento em situações tais tende a aumentar os conflitos e gerar situações de maiores prejuízos ao filho, inclusive em decorrência de alienações parentais praticadas por ambos os genitores (TARTUCE, 2015).

Assim, o instituto da guarda compartilhada pode passar a ter o sentido contrário ao pretendido, pois caso os genitores não passem a ter um convívio saudável em prol do menor, este ficará diretamente envolvido em “fogo cruzado”, entre as brigas de seus pais, se tornando, não raras vezes, o “garoto (a) de recados”, podendo, inclusive, a vir a desenvolver a famosa síndrome da alienação parental.

Para concluir, na visão dos críticos, o instituto que possui por escopo o de assegurar a maior proteção ao interesse dos filhos, pode colocar o menor em uma grande situação de risco, bem como fazer com que ele desenvolva grandes prejuízos psíquicos em sua formação, pois este estará diretamente envolvido na “guerra” passional de seus pais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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.

É de se ressaltar, também, que caso a guarda unilateral venha a ser decretada, justificadamente pelo magistrado, isso não isenta o genitor não guardião do seu dever legal de prestar assessoramento material, intelectual e afetivo a prole, pois tal dever dos pais não decorre do instituto da guarda, mais sim do poder familiar. E, conforme afirmado no presente trabalho, este não se extingue com o rompimento do vínculo conjugal ou com o simples fato do genitor não conter a guarda do menor.

No mais, a guarda compartilhada em nada alterou o instituto da pensão alimentícia, pois continua sendo direito dos filhos receber assistência de seus genitores, bem como é dever

dos pais prover o sustento de sua prole. Dessa forma, é errado pensar que o fato da criança passar a ter maior convívio com o seu genitor, não detentor da custódia, implicaria na redução de suas necessidades e, conseqüentemente, acarretaria uma redução no valor da pensão.

Ainda assim deverá persistir a obrigação dos pais em prestar alimentos à prole e, ao fixar o valor da pensão, o magistrado também deverá levar em consideração o quanto o genitor pode pagar e quais as reais necessidades do menor. Ressaltando, nesse sentido, que apenas poderá haver redução no valor a ser pago quando houver comprovado nos autos a menor necessidade do credor dos alimentos – ou seja, a redução não será em decorrência da guarda compartilhada.

Já no que diz respeito à ação de prestação de contas, a questão ainda tem acarretado grandes discussões na jurisprudência, pois há quem entenda que a Lei n. 13.058/2014 resolveu de uma vez por todas esta polêmica com a introdução do §5º, do artigo 1.583, do Código Civil e passou a admitir tal ação de prestação de contas.

Entretanto, há quem defenda que em tal artigo, ao mencionar a obrigação do genitor em supervisionar os interesses dos filhos e ser parte legítima para ingressar com uma ação de prestação de contas, o legislador não estava se referindo aos alimentos pagos em pecúnia, mas sim a fiscalização quanto aos cuidados que a prole necessita.

Do contrário, tal ação de prestação de contas poderá ser exercida com o efeito contrário ao desejado e passar a ser utilizado como uma forma do genitor não detentor atingir e prejudicar o seu ex.-parceiro. E, conseqüentemente, tornar a vida do menor um verdadeiro ringue de disputa, o que iria, diretamente, em desfavor do que assegura o melhor interesse do menor.

Por fim, pode-se concluir que a guarda compartilhada em nada alterou o que diz respeito a indagações óbvias, como, por exemplo, nas férias: metade dos dias passará com o pai e a outra metade com a mãe. Nas festas de final de ano o menor passa o natal com a mãe e o ano novo com o pai – e assim vice e versa no decorrer dos próximos anos.

Nesse viés, pode-se finalizar dizendo que a maior mudança que a guarda compartilhada trouxe nada mais é do que o simples conserto e harmonia entre os genitores no que diz respeito ao exercício das obrigações inerentes do poder familiar, entre elas o direito que os filhos possuem em conviver harmoniosamente com ambos os pais, independentemente de estar ou não residindo sob o mesmo teto.

Nesse viés, a guarda compartilhada surgiu com um grande intuito e para uma boa causa. Entretanto, não há dúvidas de que para que tal instituto ocorra da maneira desejada, exige-se uma nova postura dos pais. Se os genitores passarem a se desarmar e esquecerem as

mágoas da separação, tudo isso em proveito do menor, a guarda compartilhada será um caminho frutífero para o avanço social e o desenvolvimento dos filhos.

Entretanto, e para finalizar, caso não ocorra referida mudança na postura dos genitores, o instituto da guarda compartilhada poderá colocar o menor diretamente envolvido no litígio e nas mágoas dos pais, o que poderá lhe causar grandes traumas. Porém, para que haja uma mudança na conduta social - na forma de agir e pensar -, deverão ocorrer atitude e cobrança do Estado perante os genitores e é exatamente supracitada postura que a Nova Lei da Guarda Compartilhada busca alcançar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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.

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.

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, Theodoreto 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.

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.

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

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.

_____. 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.

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.

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.

_____. **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-ou-realidade-o-que-muda-com-a-aprovacao-do-pl-1172013/14747>. Acesso em: 29 de set. de 2016.

_____. **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-ou-realidade-o-que-muda-com-a-aprovacao-do-pl-1172013---parte-2/14858>. Acesso em: 29 de set. de 2016.

_____. **Processo familiar sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-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+obrigatória+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.

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.