

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

DOIS É MELHOR QUE UM

PAULA FIGUEIREDO CAMPOS

Rio de Janeiro

2019.1

PAULA FIGUEIREDO CAMPOS

DOIS É MELHOR QUE UM

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora M^a Elisa Costa Cruz.

Rio de Janeiro

2019.1

CIP - Catalogação na Publicação

C186d Campos, Paula Figueiredo
Dois é melhor que um / Paula Figueiredo Campos.
- Rio de Janeiro, 2019.
75 f.

Orientadora: Elisa Costa Cruz.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Guarda Compartilhada. 2. Princípio do Melhor
Interesse da Criança e do Adolescente. 3. Guarda
Parental. 4. Poder Familiar. I. Cruz, Elisa Costa,
orient. II. Título.

PAULA FIGUEIREDO CAMPOS

DOIS É MELHOR QUE UM

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora M^a Elisa Costa Cruz.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2019.1

RESUMO

Esta pesquisa tem o objetivo de averiguar a aplicabilidade da Guarda Compartilhada (Lei nº 13.058/2014, a nova lei da guarda compartilhada) à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente nos casos de disputas judiciais. Para tanto, procede-se, primeiramente, à busca pelo significado e compreensão jurídica desse princípio. Em seguida, analisa-se o poder familiar do qual decorre a guarda parental. Por último, foca-se no estudo histórico, conceitual e característico da guarda compartilhada, que só veio a surgir expressamente no direito brasileiro com a Lei nº 11.698/2008. Desse modo, verificar-se-á que o desentendimento parental não é causa excludente e imediata para a afastabilidade da guarda compartilhada, que visa, primordialmente, ao bem-estar de seus descendentes.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada; Guarda Parental; Guarda Unilateral; Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente; Poder Familiar.

ABSTRACT

This end-of-the-term paper aims at investigating the enforceability of Joint Custody (regulated by the law n. 13.058/2014, known as the new joint custody law) according to the principle of the best interests of the child and adolescent in the cases of lawsuits for the custody of children. In order to do that, this paper will initially proceed to look for the judicial understanding and meaning of such a concept. Then, family power - from which parental custody originates - will be analyzed. Finally, this paper will focus on the historic, conceptual and specific study of joint custody, which only came into existence in the Brazilian law system with the law n. 11.698/2008. In this way, it will be verified that parental disagreement is not an exclusive and immediate cause for the detachability of shared custody, which is primarily aimed at the well-being of its descendants.

Keywords: Joint Custody; Parental Custody; Sole Custody; The Principle of The Best Interest of the Child and of The Adolescent; Family Power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	10
1.1 CONCEITO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	10
1.2 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE NO BRASIL: DO DIREITO PENAL DO MENOR A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	133
1.3 DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL COMO SINÔNIMO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE.....	17
2 O INSTITUTO DO PODER FAMILIAR	222
2.1 DO PÁTRIO PODER.....	222
2.2 DO PÁTRIO PODER AO PODER FAMILIAR NO BRASIL.....	27
2.3 PODER FAMILIAR: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.....	31
3 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA.....	38
3.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA-JURÍDICA DA GUARDA PARENTAL	38
3.2 GUARDA PARENTAL: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E ESPÉCIES	43
3.3 GUARDA COMPARTILHADA	50
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

Ter filhos é uma escolha muito pessoal, não existe tempo ideal, mas sim a hora certa para cada casal, tornando o momento especial e único. Mas, como nem tudo sai como o esperado, nem sempre o “viveram felizes para sempre” é concretizado, a sociedade conjugal ou a união estável podem vir a acabar, ressaltando-se, para este trabalho, os casos de entidade familiar matrimonial com prole e a questão da guarda parental. Chama-se atenção de que será estudada a guarda parental, prevista no Código Civil (artigos 1.583 a 1.590) e, referindo-se a ela, será usada também, em momentos do presente estudo, apenas a palavra “guarda”.

Informa o artigo 226 da Constituição Federal: “A família, base da sociedade, tem especial proteção”. Portanto, deve-se tutelar a família para proteger o seu integrante. Assim, a legislação brasileira concede, ao operador do direito, a tutela aos diversos arranjos familiares, nos quais há afetividade, estabilidade e ostentabilidade. É a entidade familiar que tem papel importante também na construção da sociedade nos seus aspectos políticos, econômicos e sociais. A partir das dissoluções conjugais, surgem novas estruturas familiares.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 são exemplos que impulsionaram o direito de família no tocante à guarda parental. O que tornou o modelo da guarda unilateral, na maioria das vezes, concedida à mãe, insuficiente no sentido de não suprir as demandas socioemocionais dos filhos, uma vez que poderia ocasionar a não manutenção e o não fortalecimento do vínculo entre o descendente e o genitor não guardião, o “visitador”.

A partir disso, estabeleceu-se o instituto da guarda compartilhada¹, com a Lei nº 11.698/2008, cujas finalidades foram a de estabelecer deveres iguais entre os pais em relação à criação de seus filhos e a de sanar as dificuldades de convivência afetiva paterno/materno-filial, proporcionando a estes o crescimento sadio e harmonioso.

¹ Empregar-se-á a expressão “guarda conjunta” ou apenas a palavra “compartilhada”, equivalendo à guarda compartilhada.

Contudo, a grande questão quanto a esse tipo de guarda diz respeito à sua obrigatoriedade ou não em havendo separação litigiosa. Se, de fato, quanto a essa discussão, ela é a melhor solução no tocante ao respeito ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

Embora existam críticas doutrinárias quanto a essa determinação, os Tribunais passaram a deferi-la - ainda que de maneira não tão expressiva - mesmo contra a vontade de um ou de ambos os genitores, excepcionando-a nas hipóteses em que um dos pais não a quiser ou se estiver afastado do poder familiar. Isso se deu, principalmente, a partir da Lei nº 13.058/2014, que veio para reafirmar a predileção jurídica em favor da guarda compartilhada.

Diante disso, a questão-problema elaborada para ser respondida é a seguinte: a imposição da guarda compartilhada, independentemente de consenso entre os pais, está de acordo com a proteção especial e primordial que deve ser dada aos filhos?

Logo, o objetivo central da pesquisa é analisar a aplicabilidade da Lei 13.058/2014 à luz do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Para atingi-lo, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos: apresentar o apanhado histórico do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente (sua origem e implementação na legislação brasileira) e uma aproximação do que seja seu significado; aclarar o que é guarda parental, a partir do conceito de poder familiar, e suas espécies, em especial, a compartilhada, diferenciando-a da alternada, e suas modificações no ordenamento jurídico brasileiro; analisar a compatibilidade do Princípio do Melhor Interesse com a Guarda Compartilhada nas hipóteses de dissenso parental; pesquisar sobre o posicionamento jurisprudencial e doutrinário diante da questão emblemática de separação litigiosa e a guarda; e relacionar as decisões judiciais no tocante à guarda parental com os interesses infantojuvenis.

Desse modo, em havendo divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao tema, verifica-se ser necessária a realização deste estudo a fim de melhor compreendê-lo e demonstrar que, quando o conflito jurídico trata-se da guarda parental, são os interesses dos filhos que devem prevalecer. E, se isso significa a obrigatoriedade da compartilhada, que assim o magistrado o faça.

Em relação aos procedimentos metodológicos, a pesquisa caracteriza-se pela utilização dos métodos hipotético-dedutivo e jurídico-doutrinal, trazendo-se a teoria para esclarecer a problematização apresentada. Optou-se, assim, pela pesquisa bibliográfica com análise de conteúdo doutrinário, jurisprudencial e legal, em sentido amplo, com o fito de identificar, reunir e avaliar o embasamento jurídico sobre a guarda compartilhada obrigatória.

Buscando proporcionar melhor apresentação dos resultados, propõe-se dividir o desenvolvimento desse estudo em três capítulos, que foram estruturados a partir dos objetivos delineados para a pesquisa, visando, ao final, responder à questão-problema que fora inicialmente enunciada.

Destarte, devido à importância do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente nas disputas judiciais sobre a guarda parental, o primeiro capítulo propõe-se a demonstrar que, como cada relação familiar tem suas particularidades, esse princípio deve ser averiguado a cada caso concreto. Para tanto, serão trazidas preliminarmente considerações acerca de sua origem; e suas compreensões doutrinárias, demonstrando ser o princípio que deverá servir como direção à atuação do Poder Judiciário na resolução desses conflitos.

Na sequência, no segundo capítulo, pretende-se discorrer sobre o poder familiar, que representa um poder-dever sobre os filhos exercido conjuntamente pelos pais e, por decorrer da parentalidade, independe da conjugalidade. Como a guarda parental decorre dele, é imprescindível a investigação do seu histórico, seus conceitos doutrinários e suas características para a sua melhor compreensão e a da guarda também.

Por fim, o terceiro capítulo demonstrará que a modalidade de guarda compartilhada, diferentemente das demais, é a que melhor contempla o princípio do melhor interesse, além de ser a única que respeita o princípio da igualdade de gênero quanto aos pais, desmistificando a visão excludente, desigual e discriminatória de que homem não sabe cuidar de criança. Por isso o magistrado, ao analisar cada caso concreto e suas particularidades, deverá estimulá-la a fim de preservar os laços fraternais que existiam entre os genitores e os filhos antes da separação.

Objetiva-se, pois, analisar a guarda compartilhada de acordo com a legislação, a doutrina e a jurisprudência brasileiras e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, a partir da Lei 13.058/2014, a nova lei da guarda compartilhada, tornando-a regra legal nas disputas judiciais sobre guarda parental.

1 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Os artigos 4º, 5º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente preveem e reforçam a garantia constitucional de que crianças e adolescentes são sujeitos de direito e que estão a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão quanto aos seus direitos fundamentais, por serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento. Portanto, terão seus direitos assegurados primordialmente, sendo-lhes garantido o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, que norteará as decisões judiciais relativas a eles, como o deferimento da guarda parental, por exemplo.

1.1 Conceito do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Segundo Tânia da Silva Pereira, a origem desse princípio se deu a partir do instituto do *parens patriae* utilizado na Inglaterra, cuja definição inicial remete à ideia de que o Rei atuaria em defesa das pessoas incapazes (crianças, loucos e débeis), protegendo-as, bem como suas eventuais propriedades. Posteriormente, no século XIV, essa responsabilidade real de guarda foi delegada ao Chanceler que passou a atuar como o “guardião supremo”. Já, no século XVIII, houve, pelas Cortes de Chancelaria inglesas, a distinção das atribuições do *parens patriae* de proteção infantil das de proteção dos loucos. Dois julgados do Juiz *Lord Mansfield*, conhecidos no Direito Costumeiro inglês, são os precursores da ideia de primazia do interesse da criança: caso *Rex v. Delaval* e caso *Blissetts*. Mas foi apenas em 1836 em que esse princípio se efetivou na Inglaterra². E, foi “recepção pela jurisprudência norte-americana em 1813, no caso *Commonwealth v. Addicks*”³.

No cenário internacional, no dia 20 de novembro de 1989, a Assembleia Geral da ONU aprovou, por unanimidade, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança: em um único documento, reuniram-se as normas que deveriam ser adotadas e incorporadas, pelos países signatários, às suas leis internas, o que incluía “mecanismos necessários à fiscalização do cumprimento de suas disposições e obrigações concernentes à infância, ou seja, pessoas menores de 18 anos”⁴. Tal Convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto

² PEREIRA, Tânia da Silva. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança**: Da Teoria à Prática. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 27 set. 2018.

³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75.

⁴ PEREIRA Tânia da Silva. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança**: Da Teoria à Prática. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 27 set. 2018.

99.710/90. Conforme seu art. 3.1, “todas as ações relativas às crianças [...] devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”, isso é, com a ratificação brasileira, o Princípio do Melhor Interesse da Criança demonstrou ainda mais seu caráter essencial no ordenamento jurídico brasileiro, servindo, inclusive, como orientador para eventuais modificações legislativas internas referentes à proteção da infância⁵.

No contexto interno brasileiro, pode-se perceber que o princípio do *Best interest*/melhor interesse influenciou a redação do artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao assugar à criança e ao adolescente tratamento diferenciado baseado na “absoluta prioridade”⁶. Somados a esse artigo constitucional, têm-se também, pelo entendimento de Paulo Lobo⁷, o artigo 3.1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e os artigos 4º e 6º⁸ do Estatuto da Criança e do Adolescente, como fundamentos essenciais do princípio do melhor interesse. Este tem como característica não ser, conforme lição do referido autor, “uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”⁹. Já, para Tânia da Silva Pereira, são os artigos 5º e 6º¹⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente que proporcionam clara compreensão, aos operadores jurídicos, sobre esse princípio¹¹. Flávio Tartuce, por sua vez, compreende que a proteção integral, na ótica civil, pode ser percebida pelo princípio do melhor interesse, sendo reconhecido pelos artigos 1.583 e 1.584 referentes às guardas parentais do Código Civil¹². Logo, a lei a ser aplicada deve sempre estar em consonância com ele que é, segundo Luiz Edson Fachin, “o critério significativo na decisão e na aplicação da lei, tutelando-se os filhos como seres prioritários

⁵ Idem

⁶ FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Direito Civil**: família e sucessões. 4. ed. Salvador: JusPODIVM. 2017, p. 56.

⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

⁸ Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 6º: Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77.

¹⁰ Art. 5º: Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

¹¹ PEREIRA, Tânia da Silva. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança**: Da Teoria à Prática. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil** 7. Ed. São Paulo: Método, 2017. p. 24.

nas relações paterno-filiais”¹³. Ou seja, reforçando esse posicionamento, salienta Cláudia do Amaral que “o princípio se constitui em base de formulação de políticas públicas e também pelo Estado-juiz na sua tomada de decisões”¹⁴.

Pelo parágrafo acima, nota-se claramente que a leitura desses preceitos é “prova concreta do garantismo constitucional, infraconstitucional e internacional diferenciado em favor da criança e do adolescente”¹⁵.

Gustavo Ferraz de Campos Monaco¹⁶ entende-o como o princípio da dignidade humana aplicada à criança e ao adolescente. E ainda determina, de forma didática¹⁷, quatro direcionamentos do princípio do melhor interesse: (1) orientação do Estado-legislador: a lei deve prever a melhor consequência para a criança ou adolescente; (2) orientação ao Estado-juiz: o magistrado moderno da infância e da juventude deve fornecer uma aplicação da lei ao caso concreto de acordo com as reais necessidades da criança e do adolescente. (3) orientação ao Estado-administrador: em sua atividade de manuseio de políticas públicas deve se balizar por este princípio. Os executivos municipal, estadual e federal possuem uma das, senão a maior responsabilidade de atuação e de atendimento aos direitos da criança e do adolescente. (4) orientação à família: a família natural ou extensa deve sempre sopesar os interesses e as ideias da criança e do adolescente [...] não podendo unicamente pensar em velhos chavões como: “o que foi bom para mim, será bom para meu filho”.

Portanto, “o princípio do melhor interesse da criança deve ser reconhecido como pilar fundamental do Direito de Família, servindo como diretriz na proteção e atendimento dos menores de 18 anos”¹⁸. Isso é, “sua implantação deve ser premissa em todas as ações

¹³ FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade**: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 125 apud Lôbo, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77

¹⁴ VIEIRA, Claudia M C Amaral. **A convenção de Haia sobre Sequestro Internacional de Crianças na Perspectiva do Princípio do Interesse Superior da Criança**, In: Estatuto da criança e do adolescente: 25 anos de desafios e conquistas. p. 42. apud ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência**. 19. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 25-26.

¹⁵ FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Direito Civil: Família e Sucessões**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 72.

¹⁶ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. 1. ed. São Paulo: Del Rey, 2005. p. 179.

¹⁷ MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. 1. ed. São Paulo: Del Rey, 2005. p. 181-183.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, p. 67.

concernentes à criança e ao adolescente”¹⁹. Afirmação esta corroborada no art. 41 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989: “[...] nada do estipulado no seu texto afetará disposições que sejam mais favoráveis para a realização dos direitos das crianças”.

1.2 Princípio do melhor interesse no Brasil: do direito penal do menor a doutrina da proteção integral

Uma das mais significativas mudanças de paradigma que o direito civil-constitucional experimentou foi a que inseriu a criança e o adolescente na condição de sujeitos de direito privilegiados, submetidos à proteção integral e à prioridade absoluta, pressupostos do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente²⁰. Por isso, nas palavras de Tânia da Silva Pereira, “para se promover um melhor entendimento quanto à aplicação do princípio do melhor interesse no Brasil, é imprescindível elencar as três correntes jurídicos-doutrinárias que existiram em relação à proteção da infância em nosso país desde o século XIX”²¹.

Menciona a autora supracitada que os Códigos Penais de 1830 e 1890 respaldavam-se na doutrina do direito penal do menor, direcionando-se à repressão dos crimes praticados por aqueles menores que eram submetidos, pelo Juiz, à “pesquisa do discernimento – que consistia em imputar a responsabilidade ao menor em função de seu entendimento quanto à prática de um ato criminoso”²². Até o século XX, não havia proteção legislativa aos direitos dos menores. O que havia era a coisificação da infância, os menores como simples objetos legais.

Em 12 de outubro de 1927, foi promulgado o primeiro Código de Menores, popularmente conhecido como Código Mello Mattos, que trazia, implicitamente, a doutrina

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, p. 68.

²⁰ FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Direito Civil: família e sucessões**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 72.

²¹ PEREIRA, Tânia da Silva. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança: Da Teoria à Prática**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 24 abr. 2019.

²² PEREIRA, Tânia da Silva. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança: Da Teoria à Prática**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 24 abr. 2019.

da situação irregular²³. Conforme ensinam Fernanda da Silva Lima e Josiane Rose Petry Veronese, “o Código de Menores de 1927 classificava as crianças e os adolescentes com o rótulo da menoridade, sendo essa normativa legal apenas dirigida aos que eram considerados em situação de abandono e delinquentes, conforme previa o artigo 1º”²⁴.

E, pelo próprio artigo 1º²⁵, nota-se que essa lei, por meio de medidas assistenciais e preventivas visando a minimizar a infância de rua, reafirmou a judicialização assistencial estatal centrada no Juiz de Menores que exerceria “toda sua autoridade centralizadora, controladora e protetora sobre a infância pobre e perigosa. Estava construída a categoria do Menor”²⁶. Essa atuação do Estado, representado pelo Poder Judiciário, em relação aos menores, pautava-se na internação destes nos institutos disciplinares como solução pedagógica e, em tese, não punitiva com o objetivo de reeducá-los. Fernanda da Silva Lima e de Josiane Rose Petry Veronese explicam²⁷:

É preciso registrar que o Código de Menores de 1927, ao impor a medida de internamento aos menores, o fez em uma perspectiva, pelo menos em âmbito formal, que previa a reeducação mediante práticas pedagógicas de caráter não punitivo. Buscou-se resolver a questão da assistência ao menor sob o enfoque educacional e distante de uma visão punitiva imposta anteriormente pelo Direito Penal, principalmente porque o Código de Menores de 1927 alterou e substituiu [...] concepções obsoletas como as de discernimento, culpabilidade, responsabilidade [...].

Contudo, esse sistema assistencial público se demonstrou um fracasso, pois “procurou combater os efeitos da delinquência infantil, perseguindo e institucionalizando crianças e adolescentes ao invés de criar mecanismos que efetivamente fossem capazes de atuar nas causas da carência infantil, que tinha um viés muito mais econômico”²⁸.

²³ AMIN, Andréa Rodrigues. “**Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente**”. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos (Coord: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel). 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 12.

²⁴ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. 5. ed. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2012. p. 31-32.

²⁵ Art. 1º do Código de Menores de 1927: O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código.

²⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. “**Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente**”. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos (Coord: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel). 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 6.

²⁷ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. 5. ed. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2012. p. 33.

²⁸ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. 5. ed. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2012. p. 34-35.

Em 1º de novembro de 1964, foi aprovada a Lei nº 4.513, autorizando a criação Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor no Distrito Federal - FUNABEM (suas correspondentes estaduais eram as Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor, FEBEMs) - pelo Poder Executivo, fundamentada na Política Nacional do Bem-Estar do Menor, PNBEM. Esta, por sua vez, visava a uma atuação educacional-assistencial com práticas de institucionalização para promover a segurança nacional. Porém, embora “os próprios documentos oficiais do governo afirmavam que essa política pensada para resolver os problemas dos menores estava em consonância com a Declaração dos Direitos das Crianças de 1959”, que as reconhecia como sujeitos de direito e que tinha como um dos princípios o melhor interesse da criança, a política repressiva de institucionalização continuou se fazendo presente²⁹.

Operadores do Direito passaram a considerar o Código Mello Mattos, de certa forma, inútil, devendo, portanto, ser revisionado para melhorar a execução da Política Nacional de Bem-Estar do Menor. Então, a partir de discussões no Senado e na Câmara dos Deputados, foi aprovado o Projeto de Lei nº 105 de 1974, sendo publicada a Lei nº 6.697 em 10 de outubro de 1979, revogando o Código de Menores de 1927 e aprovando o de 1979³⁰. Oficializava-se, assim, a doutrina da situação irregular marcada “por uma política assistencialista fundada na proteção do menor abandonado ou infrator”³¹. Competia ao Juiz intervir “nas hipóteses de prática do ato infracional e nas demais situações caracterizadas como problemas sociais”, pois sua competência se dava em âmbito penal e tutelar³².

Quanto a esse Código, chama-se atenção para a presença do princípio do melhor interesse da criança em seu artigo 5º: “na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado”. Explica Heloisa Helena Babosa³³:

²⁹ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. 5. ed. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2012. p. 37-38.

³⁰ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. 5. ed. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2012. p. 40-43.

³¹ PEREIRA, Tânia da Silva. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança: Da Teoria à Prática**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 24 abr. 2019.

³² PEREIRA, Tânia da Silva. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança: Da Teoria à Prática**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 24 abr. 2019.

³³ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. 5. ed. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2012. p. 40-43.

A consagração do princípio, contudo, encontrava-se no artigo 5º do Código revogado [...]. A regra, considerada inovadora, conforme interpretação da época, autorizava o Juiz a fazer prevalecer o Código de Menores no caso de conflito com qualquer legislação aplicável, desde que resultasse em melhor proteção ao menor. [...] Afirmava-se que o Direito do Menor deveria prevalecer sobre as regras genéricas do Direito, conforme expressa Recomendação do IX Congresso da Associação Internacional de Juízes de Menores (Oxford, 1974), incidindo, também, para resolução de conflitos entre os interesses do menor e os do pátrio poder.

Acrescenta Tânia da Silva Pereira que, ao se determinar a sobreposição dos superiores interesses do menor sobre qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, Estado e Juiz agiam de maneira absoluta, e a este cabia o destino e a vida da criança e do jovem³⁴. Portanto, embora a presença do princípio do melhor interesse do menor, não houve alteração ou inovação significativas de um Código para o outro, mas apenas a continuidade da normatização da infância de rua pela política de institucionalização repressiva e não protecionista.

A situação sociojurídica da infância brasileira sofreu mudanças reais só a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Esta deu fundamento à nova sociedade política, estabelecendo novos paradigmas determinados pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana³⁵ e contemplando a doutrina da proteção integral disposta em seu artigo 227 (proteção e assistência de forma compartilhada entre família, sociedade e Estado, com absoluta prioridade, às crianças e adolescentes). Isso é, o sistema jurídico infantojuvenil adotou a doutrina jurídico-protetiva estruturada em duas premissas específicas: crianças e adolescentes reconhecidos como sujeitos de direito (titulares de direitos fundamentais) e que têm uma condição peculiar por estarem em desenvolvimento³⁶. Portanto, fez surgir, enfim, o Direito da Criança e do Adolescente como “um subsistema jurídico autônomo dotado de regras, princípios e valores próprios”³⁷, fazendo-se necessária a edição de novo diploma legal infraconstitucional substituindo ao Código de Menores de 1979. Dessa forma, pela Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, inseriu-se, no ordenamento jurídico, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA, sendo o principal diploma legal de tutela das garantias infantojuvenis.

³⁴ PEREIRA Tânia da Silva. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança**: Da Teoria à Prática. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 24 abr. 2019.

³⁵ Art. 1º, III da Constituição Federal de 1988: A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana.

³⁶ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. 5. ed. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2012. p. 54.

³⁷ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. 5. ed. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2012. p. 53.

Ou seja, a Constituição Federal de 1988, ao consolidar a doutrina da proteção integral, reafirmou juridicamente o compromisso firmado na Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, ao efetivar de forma ampla e irrestrita, dentre outros princípios, o do melhor interesse da criança. Assim esclarece Andréa Rodrigues Amim³⁸:

Na vigência do Código de Menores, a aplicação do melhor interesse limitava-se a crianças e adolescentes em situação irregular. Agora, com a adoção da proteção integral, a aplicação do referido princípio ganhou amplitude, aplicando-se a todo público infantojuvenil, inclusive e principalmente nos litígios de natureza familiar.

Nesse sentido, também se manifesta Heloisa Helena Barboza³⁹:

Razoável, por conseguinte, afirmar-se que a doutrina da proteção integral, de maior abrangência, não só ratificou o princípio do melhor interesse da criança como critério hermenêutico como também lhe conferiu natureza constitucional, como cláusula genérica que em parte se traduz através dos direitos fundamentais da criança e do adolescente expressos no texto da Constituição Federal.

Após a Constituição de 1988 o princípio do melhor interesse da criança passou a ser de observância obrigatória, com caráter de prioridade absoluta, em toda questão que envolva qualquer criança ou adolescente, e não apenas aqueles indicados pela lei, anteriormente considerados em situação irregular, já que todos, indiscriminadamente, têm iguais direitos.

1.3 Doutrina da proteção integral como sinônimo do princípio do melhor interesse

Entende-se como doutrina “o conjunto de princípios, ideias e ensinamentos de autores e juristas que, no caso, servem de base para o Direito e que influenciam e fundamentam as decisões judiciais”⁴⁰.

Antes mesmo da promulgação da Constituição Cidadã e da promulgação da Lei nº 8.069/90, já se falava na comunidade internacional sobre a necessidade de proteção especial ao ser humano nas primeiras etapas de sua vida, infância e juventude. É o que indica Munir Cury⁴¹:

³⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. “Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente”. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos (Coord: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 27.

³⁹ BARBOZA, Heloisa Helena. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 24 abril 2019.

⁴⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. 6. ed. Curitiba: Editora Positivo. Disponível em: www.direitonet.com.br. Acesso em: 16 de out. de 2018.

⁴¹ CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: comentários jurídicos e sociais. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 18. apud BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 23.

A inspiração de reconhecer proteção especial para a criança e o adolescente não é nova. Já a Declaração de Genebra de 1924 determinava a “necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial”; da mesma forma que a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 apelava ao “direito a cuidados e assistência especiais”; na mesma orientação, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José, 1969) alinhava, em seu art. 19: toda criança tem direito às medidas de proteção que na condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado.

Desse modo, pelas lições de Heloisa Helena Barboza⁴², no âmbito internacional:

Foram reconhecidos direitos próprios da criança, que deixou de ocupar papel de apenas parte integrante do complexo familiar para ser mais um membro individualizado da família humana que, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento.

E, conforme Antônio Chaves, coube à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 1989, que entrou em vigor em 02 de novembro de 1990, a consagração da doutrina da proteção integral (“teve como objetivo efetivar a proteção especial à criança”⁴³).⁴⁴

Segundo Guilherme Freire de Melo Barros, “por proteção integral deve-se compreender o conjunto amplo de mecanismos jurídicos voltados à tutela da criança e do adolescente”⁴⁵.

No âmbito da legislação nacional, foi com a Constituição Federal de 1988, no artigo 227, que a doutrina jurídica da proteção integral passou a vigorar, tratando-se “não de uma simples substituição terminológica ou de princípios, mas sim de uma mudança de paradigma”⁴⁶. Esse dispositivo constitucional é o mais emblemático dos preceitos constitucionais sobre os direitos subjetivos da criança e do adolescente, pois impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à educação, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização,

⁴² BARBOZA, Heloisa Helena. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 27 setembro 2018.

⁴³ Preâmbulo da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989.

⁴⁴ CHAVES, Antonio. Apud BARBOZA, Heloisa Helena. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (coord.) **Direito de Família: a família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p. 203.

⁴⁵ BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 23.

⁴⁶ AMIN, Andréa Rodrigues. “Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente”. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos (Coord: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 13.

à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, colocando-os a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁴⁷. Assim, a Constituição claramente trilha novo rumo ao mencionar que a infância e a juventude têm de ser tratadas com absoluta prioridade⁴⁸.

O *caput* do artigo 4º do ECA vai ao encontro da interpretação do artigo 227 da Constituição da República, assim como o artigo 1º⁴⁹, que normatiza expressamente a proteção integral, baseada na absoluta prioridade infantojuvenil. Ressalta-se que esse Estatuto passou “a ressignificar toda a política nacional em prol dos melhores interesses da criança e do adolescente. [...] É um instrumento normativo comprometido em dar efetividade jurídica aos direitos fundamentais inerentes à infância e adolescência”⁵⁰. Seria, nas palavras de João Batista da Costa, “a versão brasileira da Convenção Internacional das Nações Unidas de Direito da Criança”⁵¹.

Na concepção de Guilherme Nucci, a doutrina da proteção integral nada mais é do que um princípio exclusivo de tutela jurídica da criança e do adolescente, que não só assegura-lhes todos os direitos dos adultos, como também permite-lhes “dispor de um *plus*, simbolizado pela completa e indisponível tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento”⁵². Complementando esse entendimento, dispõem Paulo Hermano Soares Ribeiro, Vivian Cristina Maria Santos e Ionete de Magalhães Souza, que esse princípio “impõe e vincula iniciativas legislativas e administrativas dos poderes da República, de forma a atender, promover, defender ou, no mínimo, considerar a prioridade absoluta dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes”⁵³.

⁴⁷ FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Direito Civil: família e sucessões**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 72.

⁴⁸ BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 22.

⁴⁹ Art. 1º: Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

⁵⁰ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais**. 5. ed. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2012. p. 56.

⁵¹ SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal junvenil**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 45.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 1. ed. São Paulo: Gen, 2014. p. 7.

⁵³ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; SANTOS, Vivian Cristina Maria; SOUZA, Ionete de Magalhães. **Nova Lei de Adoção Comentada**. p. 3, apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 1. ed. São Paulo: Gen, 2014. p. 8.

Podem-se listar algumas especificidades da Doutrina da Proteção Integral para melhor compreensão, nos termos da análise de Mary Beloff ⁵⁴:

- a) Definem-se os direitos das crianças e dos adolescentes, estabelecendo-se que, no caso de algum destes direitos virem a ser ameaçado ou violado, é dever da família, da sociedade, de sua comunidade e do Estado restabelecer o exercício do direito atingido, através de mecanismos e procedimentos efetivos e eficazes, tanto administrativos quanto judiciais, se for o caso;
- b) Desaparecem as ambiguidades, as vagas e imprecisas categorias de “risco”, “perigo moral ou material”, “circunstâncias especialmente difíceis”, “situação irregular” etc.;
- c) Estabelece-se que, quem se encontra em “situação irregular”, quando o direito da criança se encontra ameaçado ou violado, é alguém ou alguma instituição do mundo adulto (família, sociedade e Estado);
- d) É abandonado o conceito de menores como sujeitos definidos de maneira negativa, pelo que não têm, não sabem ou não são capazes, e passam a ser definidos de maneira positiva, como sujeitos plenos de direito;
- e) A ideia de Proteção dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes não se trata, como no modelo anterior, de proteger a pessoa da criança ou do adolescente, do “menor”, mas sim de garantir os direitos de todas as crianças e adolescentes;
- f) Da ideia de universalidade de direitos, depreende-se que estas leis, derivadas da nova ordem, são para toda a infância e adolescência, não para uma parte. Por isso se diz que com estas leis se recupera a universalidade da categoria da infância, perdida com as primeiras leis para “menores”;
- g) Já não se trata de incapazes, meias-pessoas ou pessoas incompletas, mas sim pessoas completas, cuja particularidade é que estão em desenvolvimento. Por isso se reconhecem todos os direitos que têm todas as pessoas, mais um *plus* de direitos específicos precisamente por reconhecer-se que são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento;
- h) Decorre disso, por um imperativo lógico, o direito de a criança ser ouvida, e sua palavra e opinião, devidamente consideradas.

Ou seja, é uma doutrina que “compreende um modelo capaz de atender às necessidades sociais a partir de mudanças estruturais de valores, regras e princípios que propiciem uma mudança emancipadora e o reconhecimento de direitos fundamentais para crianças e adolescentes”.⁵⁵

⁵⁴ BELOFF, Mary. **Modelo de la Protección Integral de los derechos Del niño y de la Situación Irregular: Um Modelo para armar y outro para desarmar.** Injusticia y Derechos Del Niño. Santiago de Chile: UNICEF, 1999. p. 18 e 19. apud SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal junvenil.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30-40.

⁵⁵ LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente: a necessária efetivação dos direitos fundamentais.** 5. ed. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2012. p. 57.

A doutrina da proteção integral está intimamente ligada ao princípio do melhor interesse, cuja definição pode ser depreendida, por exemplo, da interpretação de mais de um dos dispositivos que asseguram a proteção e o desenvolvimento físico e mental do menor de idade. Como exemplo, tem-se a conjunção dos artigos 227 da Constituição Federal e os artigos 4º e 5º do ECA que podem proporcionar aos atores judiciários (juízes, advogados etc.) melhor compreensão à sua aplicação no caso concreto. Explica-se:

Esse postulado traduz a ideia de que, na análise do caso concreto, os aplicadores do direito – advogado, defensor público, promotor de justiça e juiz – devem buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança ou adolescente. No estudo sobre a disputa pela guarda de menores, o princípio do melhor interesse é cada vez mais presente de forma marcante.⁵⁶

Resumem-se ambos os princípios (proteção integral e melhor interesse) como “duas regras basilares do direito da infância e da juventude que devem permear todo tipo de interpretação dos casos envolvendo crianças e adolescentes. Trata-se da admissão da prioridade absoluta dos direitos da criança e adolescente”⁵⁷. Logo, são, nas palavras de Andréa Rodrigues Amin, orientadores “tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras”.⁵⁸

Por fim, pelas palavras de Conrado Paulino, referindo-se a Cristiano Chaves de Farias, é justamente por existir uma tutela jurídica diferenciada infanto-juvenil voltada á proteção integral e prioridade absoluta que se faz necessário interpretar os casos que os envolvam, como, por exemplo, guarda e poder familiar, à luz do seu melhor interesse.⁵⁹

⁵⁶ BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 7. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 23.

⁵⁷ ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 19. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 25.

⁵⁸ AMIN, Andréa Rodrigues. “**Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente**”. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos (Coord: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 28.

⁵⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 152.

2 PODER FAMILIAR

Segundo o artigo 1.630 do Código Civil, “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”. Tal autoridade parental, durante o matrimônio ou união estável, “compete aos pais”, na forma do artigo 1.631 do mesmo Código Civil e “na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

Sustentam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que a melhor maneira de se compreender o instituto da guarda é, primeiramente, estudando o poder familiar, o qual “consiste em uma premissa para a devida compreensão da matéria”⁶⁰. Todavia, como alerta Pontes de Miranda, há pouca cultura jurídica na distinção entre o pátrio poder e guarda.⁶¹ Vale salientar que ambos os institutos, apesar de semelhantes, são diferentes⁶², o poder familiar engloba a guarda parental⁶³, ou seja, quem detém aquele não necessariamente é titular desta.⁶⁴

2.1 Do pátrio poder

Devido à importância do direito romano, grego e do cristianismo como eixos fundamentais da cultura ocidental (da qual o direito e a cultura brasileira fazem parte) no processo de educação jurídica, um breve estudo acerca deles será feito para a compreensão do direito civil, mais especificamente, do direito de família no tocante à história do poder familiar, em que é marcante a influência, principalmente, do direito romano.⁶⁵

⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**, vol. 6: direito de família, vol. 6. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 591. APUD FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Direito Civil: família e sucessões**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 472

⁶¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. atual. por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller. 2001. p. 153.

⁶² Poder familiar é um instituto que atribui aos genitores direitos e obrigações mais genéricas e amplas, dentre elas, a de ter os filhos sob a sua guarda, relacionadas à educação, sustento, permissão, patrimônio e representação civil. Por sua vez, guarda impõe prerrogativas e deveres mais específicos e restritos, ligados à assistência moral, educacional e ao cuidado. COSTA, Ana Paula Motta; PAIXÃO, Rodrigo Freitas. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/08/Costa-e-Paix%C3%A3o-civilistica.com-a.6.n.1.2017.pdf>. Acesso em: 10 de nov. 2018.

⁶³ Registra-se que, neste trabalho, a referência de guarda é a disciplinada pelo Código Civil, a qual é entendida como consequência do poder família.

⁶⁴ Para Mário Aguiar Moura, “a guarda não é da essência do pátrio poder, mas apenas de sua natureza. Trata-se, por sinal, de elemento do pátrio poder mais comumente destacável”. MOURA, Mário Aguiar. **Guarda de filho menor**. In: *Ajuris*, n. 19. Porto Alegre, jul. 1980. p. 17.

⁶⁵ Ao encontro também deste posicionamento, está Mário Curtis. Conforme o autor, a civilização greco-romana é o pedestal de nossa civilização e o direito romano constitui, sem dúvida, um dos aspectos mais interessantes dessa civilização. Por isso, para compreender bem a Roma antiga, é importante ter noção elementar da estrutura

Segundo Coulanges⁶⁶, a antiga língua grega designava a família pela palavra *epístion*, ou seja, aquilo que está perto do fogo. A família constituía um grupo de pessoas (pai, mãe, filhos e escravos) “às quais a religião permitia invocar os mesmos manes (os gregos de boa mente davam aos mortos o nome de deuses subterrâneos; já os romanos, de deuses manes⁶⁷), e oferecer o banquete fúnebre aos mesmos antepassados”. Era a religião que unia os membros da família antiga, não importando o nascimento, o sentimento ou força física, pois era a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida:

Graças à religião doméstica, a família era um pequeno corpo organizado, uma pequena sociedade, que tinha seu chefe e seu governo. Nada, em nossa sociedade moderna, pode dar-nos ideia desse poder paternal. Nesses tempos antigos, o pai não é somente o homem forte que protege, e que tem também poder para se fazer obedecer: ele é sacerdote, é o herdeiro do lar, e continuador dos antepassados, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda religião reside nele. ⁶⁸

Conforme os gregos, uma família poderia constituir um grupo pequeno, contudo a disciplina era fundamental, cuja autoridade primitiva pertencia à religião doméstica da casa—acima do próprio pai - a qual denominavam o deus de lar-chefe, *estia despoina*. É a partir dele, a autoridade menos discutível, que vão ser fixados os graus na família. Logo o pai é o primeiro junto ao lar. A família e o culto se perpetuam por seu intermédio.⁶⁹

O direito privado romano, como o direito privado contemporâneo, constituiu-se e desenvolveu-se em torno de algumas instituições sociais e jurídicas fundamentais, dentre elas, a família:

A família era, basicamente, um grupo social e econômico formado por um grupo de pessoas e um conjunto de bens, submetidos todos a um chefe e Senhor, o *pater familias*. O poder do *pater* era soberano e unitário, no sentido de que não era

político-administrativa e das normas jurídicas que regeram o povo romano. GIORDANO, Mário Curtis. **Iniciação ao Direito Romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.p. 22-23.

⁶⁶ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf> Acesso em: 7 de nov.de 2018. p. 35.

⁶⁷ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf> Acesso em: 7 de nov.de 2018. p. 18.

⁶⁸ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf> Acesso em: 7 de nov.de 2018. p. 18. p. 76.

⁶⁹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf> Acesso em: 7 de nov.de 2018. p. 18. p. 74.

concedido por qualquer órgão superior ou mesmo pelo Estado, nascia com ele, e não se diferenciava em relação às pessoas ou coisas sob seu comando.⁷⁰

A palavra família, de acordo com Flávia Lages, em Roma, poderia ser aplicada tanto às coisas quanto às pessoas⁷¹. Quanto a coisas, indicava o conjunto de um patrimônio (exemplos: *dimidium familiae*, que significa “metade do patrimônio”, ou família rústica, indicando os escravos rurais); quanto às pessoas ou à soma de pessoas e coisas, família seria tudo e todos sob o poder do *pater familias*. A história do direito romano muito tem a ver com a *pátria potestas* exclusivo do *pater*: quanto maior seu poder, menor era o do Estado. Todavia, com o passar do tempo, esse poder tendeu a correr para o lado estatal em detrimento do *pater*.⁷²

O estudo do direito de família romano tem como objeto, principalmente, a família *proprio iure*⁷³ por ser, conforme José Carlos Moreira Alves, “o complexo de pessoas que se encontravam sob a potestas de um *pater familias* e foi o organismo básico da estrutura família romana”⁷⁴. O autor, em sua obra, para simplificar, refere-se a ela apenas por “família”.

Segundo Francisco Amaral⁷⁵, a família romana, “desde as suas mais remotas origens, representa uma forte unidade jurídica, religiosa e econômica, constituída com um forte poder central, pleno e ilimitado, a *potestas* do *pater familias*, senhor e soberano supremo”. Mas, com o decorrer do tempo, passou a ter um significado mais técnico: “conjunto de pessoas subordinadas a *potestas* do pai, grupo esse formado pela mulher, seus descendentes, os estranhos admitidos no grupo familiar e os escravos”. Ela era unida pelos laços de parentesco voluntário, uma vez que o *pater familias* “reunia quem ele queria, aceitando ou recusando

⁷⁰ AMARAL, Francisco. **Introdução ao direito romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, Sub-Reitoria de Ensino e Graduação e Corpo Discente. 2011, p. 44.

⁷¹ Nesse mesmo sentido, leciona Alberto Lobo que a palavra família, na sua origem sânscrita, quer dizer assento, morada, casa, era empregada para significar não só a reunião de pessoas, como também o patrimônio doméstico. LOBO, Alberto Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito**. Vol 78. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006. p. 282.

⁷² CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito: geral e Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 104.

⁷³ Conforme José Carlos Moreira Alves, no direito romano, há cinco grupos de pessoas vinculadas pelo parentesco ou pelo casamento: a *gens* (os membros, gentiles, julgavam descender de um antepassado comum, lendário e imemorável, o gentílico), a *familia comuni iure* (pessoas agnadas, parentesco decorrente do direito, estariam sujeitas a *potestas* de um *pater familias* comum, se ele fosse vivo), o conjunto de cognados em sentido estrito (aqueles que, não sendo agnados uns dos outros, estavam ligados apenas pelo parentesco consanguíneo), a *familia próprio iure* e a família natural (cônjuges e seus filhos, independentemente de o marido e pai ser, ou não, *pater familias* da mulher e dos descendentes imediatos). ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 645.

⁷⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.647.

⁷⁵ AMARAL, Francisco. **Introdução ao direito romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, Sub-Reitoria de Ensino e Graduação e Corpo Discente. 2011, p. 45.

discricionariamente todo o filho nascido de sua esposa⁷⁶; assimétrico ou agnático porque colocava em nível secundário os vínculos de sangue ou parentesco consanguíneo (*cognatio*); e ilimitado nos seus graus, reunindo-se os descendentes, idealmente, em torno do mesmo *pater familias* mesmo que já falecido”.

Assim, há duas categorias de pessoas no grupo familiar: a) o chefe absoluto – o *pater familias* (pessoa *sui iuris*, isto é, independente), que é aquele que não tem, na linha masculina, ascendente vivo a que esteja seu jeito; e b) as pessoas a ele subordinadas – os *fili familias* (pessoas *alieni iuris*)⁷⁷, categoria que abrange a esposa do *pater*, seus descendentes (inclusive adotivos) e mulheres. Originariamente, a palavra que designava o poder do *pater* era “*manus*”. Mais tarde, criam-se denominações específicas, indicando sobre qual familiar incidiria a sua *potestas*: *manus maritalis* (*potestas maritalis*)⁷⁸ que era o poder marital em relação à sua esposa e às dos outros sujeitos à sua *patria potestas*; *patria postestas*, o pátrio poder sobre seus descendentes ou adotados; a *dominica potestas* sobre os escravos; o *mancipium*, o poder sobre as pessoas *in mancipio* (pessoas livres); e *alieni iuris*, participantes da família e que poderiam, por exemplo, passar de um *pater* a outro pela venda.⁷⁹

Frisa-se que o poder do *pater* sobre as pessoas e as coisas a ele submetidas era absoluto. Nesse sentido, leciona Sílvio de Sávio Venosa⁸⁰:

O pai romano não apenas conduzia a religião, como todo o grupo familiar, que podia ser numeroso, com muitos agregados e escravos. Sua autoridade era fundamental, portanto, para manter unido e sólido o grupo como célula importante do Estado. De direito de vida e morte (*ius vitae ac necis*) com relação aos membros de seu clã, aí incluídos os filhos. O *pater, sui iuris*, tinha o direito de punir (*ius uitae et necis*), vender (*ius uendendi*) e matar os filhos, embora a história não noticie que chegasse a este extremo. Estes, por sua vez, não tinham capacidade de direito, eram *alieni iuris*. O patrimônio era integralmente do pai.

⁷⁶ Assim também afirma Coulanges: um dos direitos que compunham o poder paterno tanto na Grécia como em Roma era o de reconhecer a criança no ato do nascimento ou rejeitá-la. Esse reconhecimento ou rejeição estavam de acordo com os princípios básicos da família, significando que, para ingressar no círculo familiar, era imprescindível e essencial o consentimento do chefe e a iniciação ao culto, independentemente da filiação incontestável. Se a criança não pertencesse à religião doméstica, nada representaria ao pai. COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>. Acesso em: 7 de nov. de 2018. p. 78.

⁷⁷ CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 200. p. 78.

⁷⁸ Ensina Maria Manoela Quintas que *potestas maritalis* era análogo ao *pátrio potestas*, não permitindo à mulher nenhum poder sobre seus filhos. Quando o marido morresse, ela estaria sob a tutela de seu filho homem. QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: de acordo com a lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 10

⁷⁹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 648.

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil**, vol. 6: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 313.

Informa José Carlos Moreira Alves que a *patria potestas* é uma instituição exclusiva do direito romano e, em síntese, inicialmente, o pater poderia ser comparado a um déspota⁸¹. Contudo, a partir, principalmente, do início do período pós-clássico, “os poderes constitutivos da *patria potestas* se vão abrandando, até que, no direito justiniano – mudado o ambiente social, alteradas fundamentalmente as funções e a estrutura da família romana, e sobrepujado o parentesco agnático pelo cognático -, a pátria potestas se aproxima do conceito moderno de pátrio poder (poder educativo e levemente corretivo)”⁸². Essa limitação da *potestas* do pater decorreu de mudanças como a progressiva ingerência estatal, que chamou o poder para si; na influência helenística, que já conhecia a capacidade patrimonial dos filhos e, principalmente, no acolhimento da doutrina cristã, que atenua a deificação da figura paterna. Assim dispõe Alberto Lobo⁸³:

De Augusto a Constantino, nota-se na história da família romana uma coisa singular: a aristocracia, fiel ao paganismo, descia de degrau em degrau, a escada da moralidade, ao passo que a massa anônima, que praticava ou simpatizava com ideias cristãs, subia de ponto no aperfeiçoamento moral.

A fidelidade no amor, a assistência na casa, a virtude nas mulheres, a coesão na família, os cuidados na educação da prole, todos esses deveres que só podem ser cumpridos por injunções de sentimentos afetivos e não pelo império de disposições legais, encontraram no espírito cristão vigorosos elementos de propagação, formando-se, ao lado da família aristocrática pagã, a família popular cristã, cuja organização ia chamando atenção do legislador e indicando-lhe normas jurídicas a adotar. [...] logo que as perseguições cessaram e o Cristianismo conseguiu livre prática, começou a mais formidável das lutas pela regeneração dos costumes e das leis.

O direito de vida e morte passou triunfante ao século de Augusto, mas logo que as ideias cristãs passaram a penetrar nos lares, transformando-se em costumes estes indicando uma nova orientação na organização das leis, a dignidade, a humildade, e a caridade cristã foram operando a reforma desse direito desumano, incompatível com os três estados d’alma que vinham sendo modelados na sociedade romana.

Foi no governo de Constantino que se aboliu o *ius vitae et necis* (direito de vida e morte), punindo-o severamente. Quanto à venda dos filhos recém-nascidos, ele a permitiu em situação de extrema pobreza do pai e ser o filho ou filha ainda sanguinolento (ainda com o cordão umbilical), atendendo ao bem estar material da criança. Já, no período justiniano, com a *Novela* 134, cap VII⁸⁴, proibiu-se definitivamente o penhor dos filhos do devedor e as

⁸¹ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 662.

⁸² ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 662-663.

⁸³ LOBO, Alberto Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**: história, sujeito e objeto do direito. Vol. 78. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006. p. 279 e 282.

⁸⁴ O autor Ronaldo Pedrosa explica que Justiniano passou a editar as regras que se faziam necessárias no cotidiano, reunindo-as, de forma a não incorrer no mesmo erro dos seus predecessores, que legislaram de forma

alienações, bem como o direito de expor e de dar a noxa⁸⁵, direitos esses que se tornaram incompatíveis com as idéias cristãs em expansão.⁸⁶

Na Idade Média (Alta Idade Média – séc. V ao IX; e Baixa Idade Média – séc. IX ao XV), devido à intervenção dos povos estrangeiros, muda-se, de forma branda, a visão romana de pátrio poder⁸⁷. Nesse sentido, constata Flávia Lages⁸⁸:

A Alta Idade Média é um período de desconstrução e construção. Nesse tempo da história europeia, os homens tiveram que conviver com o fim do mundo que conheciam, o mundo romano e, ao mesmo tempo, com a construção de um novo mundo, agora tendo como elementos as culturas germânicas e a Igreja (Católica). Esse período inicia-se com a queda de Roma e a invasão de tribos germânicas no território do Império. Os povos germânicos tinham hábitos bastante diferentes dos romanos. A principal instituição desses povos era a família baseada no poder absoluto (*mund*) do pai que compartilha com a sua única esposa, que deve ser sempre exemplo de pureza e tradição familiar.⁸⁹

E, conforme informa Sílvio de Sávio Venosa, essa concepção mitigada familiar romana quanto ao *pater* chega até a Idade Moderna⁹⁰. Contudo, no fim do século XVIII, passa-se a entender que a fase infantil é diferente da adulta, no sentido de que a criança não deveria ser vista como um miniadulto, mas sim como um sujeito em si, dessa forma, passou a haver uma crescente preocupação com a educação dos filhos.⁹¹

2.2 Do pátrio poder ao poder familiar no Brasil

avulsa, em um só copo: *Novelas*. PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. 4. ed. Nova Friburgo: Imagem Virtual, 2002. p. 180.

⁸⁵ O direito de expor/abandonar o recém-nascido (*ius exponendi*) se dava quando nascesse uma criança débil, e o direito de entregar o filho, a quem este houvesse causado prejuízo, por prestação de serviço, como forma de compensar o dano (*noxae deditio*), segundo Castelo Branco. ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O Pátrio Poder**. São Paulo: Leud, 1978. p. 23.

⁸⁶ LOBO, Alberto Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano: história, sujeito e objeto do direito**. Vol 78. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006. p. 288.

⁸⁷ SANTA MARIA, José Serpa de. **Curso de Direito Civil: direito de família**. vol. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. p. 15-16.

⁸⁸ CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito: geral e Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 124-125.

⁸⁹ Também partindo dessa afirmação está Caio Mário, segundo o qual, o poder paterno germânico não era tão severo quanto a *patria potestas*. Por exemplo, pai e mãe tinham o dever de criar e de educar os filhos, contribuindo assim para a evolução desse instituto. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**, vol. 5: direito de família. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 512.

⁹⁰ VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil**, vol. 6: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 313.

⁹¹ NÜSKE, João Pedro Fahrion. **Guarda Compartilhada: o lugar dos pais no desenvolvimento psíquico dos filhos**. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_11/aritgo_jpedro.pdf Acesso em: 9 de nov. 2018.

No Brasil, as codificações portuguesas escritas passaram a vigorar desde o seu descobrimento. As Ordenações Afonsinas, criadas em Portugal, em 1446, vigoraram até serem substituídas pelas Ordenações Manuelinas, em 1512. Em 1603, foram instituídas as Ordenações Filipinas, que tiveram vigência até a promulgação do Código Civil de 1916⁹². Conforme explicam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, essas Ordenações, no Brasil, também disciplinavam sobre questões familiares conflituosas. A filiação, estendida apenas aos filhos legítimos ou naturais (provenientes do casamento), excluindo-se os espúrios, era vislumbrada como uma espécie de “favor concedido aos filhos e um meio, oferecido aos pais, de exonerar a sua consciência e de melhorar a sorte dos inocentes frutos de seus erros” (Ordenações Filipinas, Liv. II, Tít. XXXV, § 12º c/c Liv. II, Tít. LV, § 4º).⁹³

No direito das Ordenações⁹⁴, predominou a sistemática romana: a autoridade familiar era conferida exclusivamente ao pai/marido, sendo o responsável pela educação do filho, pela fixação de sua condição e administração patrimonial dele. Era o pátrio poder. Este cessava pelas formas legais, sendo que a maioria não o extinguiu, como ocorre atualmente pelo artigo 1.635, III do Código Civil. À mãe só cabia o direito de obediência dos filhos⁹⁵. Fernanda Levy informa-nos que somente a partir de 1831 – Resolução de 31 de outubro de 1831 – a maioria com a aquisição da capacidade civil plena aos 21 anos tornou-se causa de extinção do pátrio poder.⁹⁶

Na Consolidação das leis civis brasileiras de 1858, que seria o Código Civil do Império, conhecido como Código Teixeira de Freitas, já era percebido seu teor, de certa forma, liberal quanto ao pátrio poder. Por exemplo, a criação e a alimentação passariam a ser de responsabilidade do pai e da mãe; havia a regra de reciprocidade quanto ao direito a alimentos (pai sustentava o filho, e este o pai em caso de extrema miséria); a maioria aos 21 anos encerrava pátrio poder. Já, com o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, à viúva era concedido o pátrio poder pleno sobre seus filhos com o falecido cônjuge - o que significou

⁹² ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 26.

⁹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 576.

⁹⁴ Ordenações: compilação jurídica portuguesa baseada no Direito Romano, Canônico e Germânico, que contribuíram para a fundação do Direito Português.

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. 5: direito de família. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 512.

⁹⁶ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos**: os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008. p. 10.

certo marco evolutório quanto ao pátrio poder -, contudo, cessaria caso ela se casasse novamente.⁹⁷

A Lei nº 3.071/1916 instituiu Código Civil - conhecido como Código Beviláquia -, seguindo as tradições legislativas anteriores, retratou a realidade de uma família patriarcal, sobrevalendo a vontade masculina de modo praticamente despótico e desarrazoado, reafirmando o Código Filipino: o chefe de família se manteve na figura do homem (artigo 233); havia o tratamento desigual dos filhos (artigo 379); e demonstrou a dominação marital sobre a mulher (artigos 6º, 219, 240, 234, 324, 380)⁹⁸. Nesse sentido, também dispõe Caio Mário⁹⁹:

O Código de 1916, no seu texto original, ficou mais na linha de nossas tradições atribuindo o pátrio poder ao marido, e em sua falta à mulher (art. 380). A mulher bínuba perdia-o quanto aos filhos do primeiro leito, a quem seria dado tutor (art. 393). O filho natural ficava sob o poder do pai ou da mãe que o reconhecesse, e se o fizerem ambos, do pai, salvo se o juiz decidisse diversamente, no interesse do menor (Decreto-lei nº 5.213, de janeiro de 1943). Mas somente podia residir no lar conjugal, se o outro cônjuge anuísse (art. 359). O filho adotivo saía do poder do pai natural e incidia no do adotante.

Pela redação original do artigo 380 do Código Civil de 1916, o pátrio poder, durante o casamento, era exercido com exclusividade paterna (em 1962, sua redação foi alterada, conforme será exposto nos parágrafos seguintes deste trabalho). Somente quando este fosse impedido ou tivesse morrido a mulher o exerceria. Ou seja, “a gestão da família era unilateralmente realizada pelo marido - de maneira quase despótica -, retomando comportamentos similares aos que experimentávamos na Roma Antiga em razão da verticalização de poder existente entre os cônjuges”¹⁰⁰.

Na ordem jurídica brasileira, em 1962, promulgou-se a Lei nº 4.121, o Estatuto da Mulher Casada, como um corolário da igualdade jurídica da mulher ao modificar a redação de alguns artigos do Código Beviláquia. Dessa maneira, a mulher, em colaboração ao marido, passou a ser também titular do pátrio poder; a mãe viúva passou a ter a titularidade

⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. 5: direito de família. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 507.

⁹⁸ ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 30.

⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do direito civil**, vol. 5: direito de família. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 507.

¹⁰⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 31.

permanente quanto aos filhos do casamento anterior mesmo se viesse a contrair novas núpcias e sem se sujeitar à interferência do marido; e a mulher também passou a ter o direito que lhe competia, como mãe e cônjuge, sobre seus filhos do leito anterior ¹⁰¹.

Em 1977, foi promulgada a Lei nº 6.515, a Lei do Divórcio, revogadora dos artigos 315 a 326 do Código Beviláquia, inovando no tocante ao fim do matrimônio, instituindo agora a possibilidade do divórcio, mas sem inovar dispositivamente quanto ao pátrio poder.

No decorrer do século XX, surgiram movimentos políticos, sociais e culturais que levaram às transformações progressivas no ordenamento jurídico brasileiro: o legislador brasileiro entrou em contato com ideais que abrandavam a noção hierarquizada e patriarcal familiar.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que dispunha sobre a igualdade de direitos entre homem e mulher e o reconhecimento da dignidade inerente aos membros familiares (a família, núcleo fundamental da sociedade, deve ser protegida). Assim como a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, determinando-lhe proteção especial com base no interesse superior dela. Emergiram movimentos como: a revolução sexual com o surgimento da pílula anticoncepcional, movimento *hippie*, movimentos feministas, inclusive na época da ditadura brasileira e a presença de mulheres na luta armada no Brasil. Em 1975, a ONU instituiu o ano de 1975 como o Ano Internacional da Mulher e o dia 8 de março como o Dia Internacional da Mulher. Foi um ano decisivo para as reivindicações políticas-feministas.¹⁰²

Essas mobilizações, tanto no âmbito externo quanto no interno brasileiro, permitiram a promulgação da Constituição Federal de 1988 com uma nova visão do direito privado fundamentada na dignidade da pessoa humana, na igualdade de gênero, na igualdade entre os filhos, na igualdade de condições dos pais e na proteção integral das crianças. Fatores que levaram a uma “reforma da estrutura familiar, marcada essencialmente pelas responsabilidades dos pais pelos filhos, pessoas em condições peculiares de

¹⁰¹ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33-35.

¹⁰² ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 35-38.

desenvolvimento”¹⁰³. Além delas, em novembro de 1989, instituiu-se a Convenção sobre os Direitos da Criança, contribuindo para a publicação do ECA, que visa ao cuidado especial aos menores de 18 anos e que disciplina também sobre o poder familiar (artigo 21) e sobre a guarda (artigo 33).

Em 2002, o Código Beviláquia foi revogado pela Lei nº 10.406, o novo Código Civil, que passou a disciplinar essa nova estrutura familiar pós Constituição Federal de 1988. Baseando-se na doutrina da proteção integral e no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, consagrados pela norma constitucional, trouxe modificações paradigmáticas nos institutos do pátrio poder, que passou à denominação de poder familiar (artigos 1.630 a 1.638), e da guarda (artigos 1.583 a 1.590).

Assim, o poder familiar passou a ser exercido de forma conjunta e igualitária pelos genitores (artigos 1.630 e 1.631), ressalvando o fato de que as separações conjugais ou de companheiros não alterariam o exercício do poder familiar (artigo 1.632).

2.3 Poder familiar: conceitos e características

Esclarece-nos Rolf Madaleno¹⁰⁴ que:

A origem do poder familiar está na razão natural de os filhos necessitarem da proteção e dos cuidados de seus pais, com absoluta dependência com o seu nascimento e reduzindo essa intensidade na medida de seu crescimento, desligando-se os filhos da potestade dos pais quando atingem a capacidade cronológica com a maioridade civil, ou através da sua emancipação pelos pais ou pelo juiz no caso de tutela e para tanto ouvido o tutor (CC, art. 5º, parágrafo único) .

Quanto ao início/surgimento do poder familiar, há posicionamentos doutrinários distintos. Paulo Nader sustenta que o poder familiar se inicia com a fecundação no ventre materno, fundamentando-se pelo artigo 1.779 do Código Civil. Assim explica-nos melhor o autor¹⁰⁵:

O ordenamento pátrio não diz, especificamente, a partir de quando tem início a autoridade parental, o que induz o intérprete, em um primeiro momento, à

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. 5: direito de família. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 509.

¹⁰⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 677-678.

¹⁰⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, vol. 5: direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 349.

compreensão de que se instaura com o nascimento com vida. Analisando, todavia, os cuidados que o nascituro exige para a sua formação saudável, somos levados a admitir que o poder dos pais forma-se com a fecundação no ventre materno, quando o ser humano encontra-se em formação, *ser em devir*. Nesta fase, as atribuições do poder são bem limitadas; aliás, o poder familiar contém um potencial de deveres que se transforma em ato progressivamente e de acordo com o desenvolvimento da criança. Em relação ao nascituro, é relevante a disposição do artigo 1.779 da Lei Civil, que determina a designação de curador, falecendo o pai e não tendo a mãe o poder familiar. Nesta disposição, o legislador articulou o raciocínio jurídico, considerando a possibilidade de a gestante não se encontrar investida do poder familiar em relação ao nascituro.

Divergindo desse posicionamento, está o de Fábio Ulhoa: os titulares do poder familiar são o pai e a mãe, em conjunto. E é constituído com o nascimento do filho.¹⁰⁶

Por outro lado, Patricia Pimentel considera ser o poder familiar um “conjunto de prerrogativas inerentes à maternidade e à paternidade”, mas só se torna concreto a partir do registro civil do filho e não a partir do seu nascimento. Isso porque, na forma do artigo 1.663 do Código Civil, quando o pai não reconhece o filho, este fica sob o poder familiar materno exclusivo.¹⁰⁷

Conforme Whashington de Barros¹⁰⁸, conceitua-se poder familiar como:

O conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Modernamente, despiu-se inteiramente do caráter egoístico de que se impregnava. Seu conceito, na atualidade, graças à influência do cristianismo, é profundamente diverso. Ele constitui presentemente um conjunto de deveres, cuja base é nitidamente altruísta.

O atual Código Civil, indo ao encontro do princípio constitucional da igualdade entre os consortes e companheiros e da dignidade da pessoa humana, alterou a expressão pátrio poder, que sobrepunha a posição do pai sobre os demais membros familiares, para poder familiar, adequando-se à realidade social, mas sem o intuito de criar uma nova figura jurídica. Isso porque, explica-nos Comel¹⁰⁹:

¹⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família e sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 417.

¹⁰⁷ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 46.

¹⁰⁸ MONTEIRO, Whashington de Barros. Disponível em https://www.academia.edu/32206746/Washington_de_Barrros_Monteiro_Vol._2_Curso_de_Direito_Civil_DIR_EITO_DE_FAM%C3%8DLIA_42a_ed_1. Acesso em 12 de nov. de 2018.

¹⁰⁹ COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 47.

O rol de atribuições dos pais no exercício do poder familiar, disposto no artigo 1.634 do CC é praticamente idêntico ao do pátrio poder, estabelecido no revogado artigo 384. Bem assim, as causas de extinção, as hipóteses de suspensão e as de perda do poder familiar, disciplinadas nos artigos 1.635, 1.637 e 1.638, cujas alterações são mínimas quando cotejadas respectivamente, com os artigos 392, 394 e 395, do CC/16.

Essa alteração de nomenclatura, consagrada pelo novo Códex, nas palavras de Paulo Nader, representa uma “mudança fundamentalmente principiológica, pois se abandonou um sistema em que a figura do marido e pai empalmava toda a autoridade do lar para confiar aos cônjuges ou companheiros na união estável o poder de criar, educar e orientar a prole”.¹¹⁰

Contudo, embora tenha havido essa modificação nominal, doutrinariamente, entende-se que a opção terminológica do legislador poderia ser melhor, no intuito de se harmonizar com a real extensão e compreensão do seu significado, por isso surgem novas denominações sinônimas de poder familiar. Consta-se que existe um compreensível desconforto doutrinário, uma vez que, segundo Rolf Madaleno, “o vocábulo poder ainda remonta à ideia domínio dos pais sobre seus descendentes e não se concilia com a democratização da família”¹¹¹. Corroborando com seu posicionamento, Madaleno menciona Mauricio Luis Mizrahi¹¹² que esclarece:

O poder gera a probabilidade de asfixiar o menor em sua célula parental, desencadeando neuroses infantis, ao passo que dever se inclina a auxiliá-lo para convertê-lo em um ser pleno em suas forças criativas. O termo responsabilidade parental utilizado pelo vigente Código Civil e Comercial da Argentina ajudará a eliminar os vestígios autoritários existentes na atuação dos progenitores, porquanto a pátria potestade se transformou em responsabilidade parental, que os pais assumem um somatório de responsabilidades com a finalidade de satisfazer os interesses superiores dos filhos.

Nesse sentido, também se coaduna a psicanalista Françoise Dolto por entender que o termo adequado seria responsabilidade parental, porque os termos poder e autoridade não correspondem mais à realidade atual. Já, Eduardo Leite adere ao termo poder parental, pois o poder foi concedido aos genitores e não à família.¹¹³

¹¹⁰ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, vol. 5: direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 343.

¹¹¹ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 702.

¹¹² MIZRAHI, Mauricio Luis, 2016. p. 241 apud MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 702.

¹¹³ NÜSKE, João Pedro Fahrion. **Guarda Compartilhada: o lugar dos pais no desenvolvimento psíquico dos filhos**. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_11/aritgo_jpedro.pdf Acesso em: 13 de nov. 2018.

Por outro lado, Paulo Lobo, informando-nos sobre as legislações estrangeiras que optaram por “autoridade parental”, como o Direito de Família francês e o americano, adota tal nomenclatura por considerá-la ser a que

Melhor traduz o exercício de função ou de múnus, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro, além de expressar uma simples superioridade hierárquica, destacando melhor a relação de parentesco por excelência que há entre pais e filhos, o grupo familiar de onde deve ser haurida a legitimidade que fundamenta a autoridade.¹¹⁴

Tânia da Silva Pereira também opta pela nomenclatura autoridade parental, pois “é a que melhor reflete o conteúdo democrático da relação, além de traduzir preponderantemente uma carga maior de deveres do que de poderes para que o filho, pessoa em desenvolvimento, tenha uma estruturação psíquica adequada”¹¹⁵. Para complementar sua afirmação, o autor refere-se à Ana Carolina Brochado Teixeira: “... o vocábulo autoridade é mais condizente com a concepção atual das relações parentais por melhor traduzir a ideia de função, e ignorar a noção de poder. Já o termo parental traduz melhor a relação de parentesco por excelência presente na relação entre pais e filhos, de onde advém a legitimidade apta a embasar a autoridade”.¹¹⁶

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, Caio Mário conceituou-o como um “complexo de direitos e deveres quanto à pessoa e aos bens do filho, exercidos pelos pais na mais estreita colaboração, e em igualdade de condições, o que reflete o dinamismo da atual sociedade, a qual impõe que ambos os genitores tenham condições de gerir a vida de seus filhos (art. 226, § 5º da CF/88 c/c art. 21 do ECA)”¹¹⁷. Como fez Caio Mário, vale a observação de que o ECA, um microssistema de centro de gravidade autônomo, cujas regras têm prevalência, também trata do poder familiar, mencionando o direito de convivência familiar e comunitária (ECA 19 a 24) e da perda e suspensão dele.¹¹⁸

¹¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296.

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016, p. 509.

¹¹⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: direito de família**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, p. 515.

¹¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016, p. 508.

¹¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 784.

Por seu turno, João Andrades Carvalho, indicado por Sílvio de Sávio Venosa, define pátrio poder como “o conjunto de atribuições, aos pais cometidas, tendo em vista a realização dos filhos menores como criaturas humanas e seres sociais” ¹¹⁹. Nesse sentido, estão Guilherme Calmon e Waldyr Grisard citados por Maria Berenice Dias ¹²⁰:

Para Calmon, a autoridade parental está impregnada de deveres não apenas no campo material, mas, principalmente, no campo existencial, devendo os pais satisfazer outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva. Para Waldyr, tentar definir poder familiar nada mais é do que tentar enfeixar o que compreende o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, seja física, mental, moral, espiritual ou socialmente.

Segundo os artigos 1.630 e 1.631 do Código Civil, ao poder familiar exercido pelos pais conjuntamente submetem-se os filhos. Nesse sentido, discorre Francismar Lamenza ¹²¹:

Com o advento da CF/88, houve uma equiparação de homem e mulher tanto em deveres quanto direitos com referência à sociedade conjugal (art. 226, § 5º CF). Obrigação fundamental e conjunta dos pais é de garantir à prole condições para um desenvolvimento adequado em todos os níveis, criando os filhos menores, educando-os e assistindo-os no que for necessário (art. 229 CF). Paralelamente a esses deveres, há os correspondentes direitos dos genitores, como o de ter os filhos em sua companhia e de exigir deles obediência e respeito. Além das relações no plano pessoal, também há aquelas da esfera patrimonial dos filhos, competindo aos pais em situação de igualdade gerir e administrar os bens da prole, de forma que não venham a perecer ou se depreciar. Esse conjunto de direitos e obrigações do pai e da mãe tem a denominação de poder familiar.

Leciona a Professora Christianne Garcez sobre o conceito e as particularidades desse instituto assistencialista o seguinte ¹²²:

O poder familiar é o complexo de atribuições e prerrogativas exercidos, em igualdade de condições, pelos pais, em relação à pessoa e aos bens de seu filhos menores não emancipados, tendo em vista a proteção destes. É indisponível, porém não irrenunciável, já que pode haver a transferência, voluntária ou não, do poder familiar. É, ainda, uno e indivisível, muito embora o seu exercício possa ser repartido entre os pais, o que ocorre, comumente, quando estão separados ou divorciados. Qualquer direito inerente ao poder parental poder ser reivindicado a qualquer tempo, por ser imprescritível. São atribuições decorrentes do poder familiar: a criação, educação, sustento moral e material, zelo, guarda, vigilância, etc.

¹¹⁹ CARVALHO, João Andrades. Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder. Rio de Janeiro: Aide, 1995. Apud VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil** - vol. 5 – direito de família. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 342.

¹²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 462.

¹²¹ LAMENZA, Francismar. In. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.); Chinellato, Silmara Juny. **Código Civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 10. ed. Barueri: Manole, 2017. p. 1425.

¹²² GARCEZ, Christianne. **Direito de Família e das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 124-125.

Parte-se do princípio de que a ambos os pais compete a educação e criação dos filhos e o exercício do poder familiar, longe de ser um direito discricionário dos pais, consiste num dever legal, cuja obediência implica diversas consequências.

Sustenta ainda a professora que não há dúvida de que, na doutrina e na literatura jurisprudencial, tal instituto se trata de um *munus*, “uma função relevante atribuída pela lei aos pais e, eventualmente, à terceira pessoa, enquanto durar a menoridade do filho”. Em corroboração a essa assertiva, estão Paulo Nader que diz ser o poder familiar um instituto de ordem pública, visando à proteção e assistência ao menor ¹²³; Maria Helena Diniz ¹²⁴, Maria Berenice Dias ¹²⁵, Paulo Lobo ¹²⁶ e Carlos Roberto Gonçalves ¹²⁷.

Chama-nos a atenção Paulo Lobo quanto à titularidade do poder familiar que abrange titulares recíprocos de direitos: “para o cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar, os filhos são titulares dos direitos correspondentes”. Saliencia também que, embora o Código Civil só mencione a titularidade dos pais durante o casamento ou a união estável (silente quanto às demais entidades familiares), deve-se, pelo princípio da interpretação em conformidade com Constituição, compreendê-lo também com relação a qualquer tipo de formação de família, reconhecido constitucionalmente explícita ou implicitamente, em que houver o exercício do *múnus* de fato ou de direito (por exemplo, um irmão mais velho que sustenta os outros irmãos tem o poder familiar sobre eles). E que não precisam os pais conviverem juntos para permanecerem titulares desse poder, que pode variar em grau quanto ao seu exercício (o guardião e o não-guardião que tem o direito de visita, de ter o filho em sua

¹²³ O autor menciona, embasando sua afirmação, o jurista e ministro do Superior Tribunal Orosimbo Nonato que já reconhecia o caráter publicístico do instituto: “A submissão desse poder ao controle da autoridade pública constitui um dos traços mais coloridos da socialização do direito.” NADER, Paulo. **Direito de Família**, vol. 5. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 388.

¹²⁴ “O poder familiar constitui um *munus* público, ou seja, espécie de função correspondente a um cargo privado, sendo o poder familiar um direito-função e um poder-dever, que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo”. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 5: Direito de Família. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 643.

¹²⁵ “O poder familiar, sendo menos um poder e mais um dever, converteu-se em um *múnus* (encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que não se pode fugir)”. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 461.

¹²⁶ “O conceito de autoridade, nas relações privadas, traduz melhor o exercício de função ou de *múnus*, em espaço delimitado, fundado na legitimidade e no interesse do outro, além de expressar simples superioridade hierárquica análoga à que se exerce em toda organização pública ou privada”. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 298.

¹²⁷ Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. Constitui um *múnus* público. Ao Estado, que fixa normas para seu exercício, interessa o seu bom desempenho. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses jurídicas**, vol. 2: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133.

companhia e o de compartilhar das decisões fundamentais que lhe dizem respeito), podendo, portanto, ser exercido separadamente por um dos pais (sem haver sua exclusão).¹²⁸

Por decorrer da paternidade natural, como da filiação legal e da socioafetividade serem suas obrigações personalíssimas, é um poder-dever irrenunciável, portanto também é intransferível, inalienável e imprescritível¹²⁹. E, pelos casos sancionatórios decorrentes do seu indevido exercício previstos em lei, pode ser suspenso (art. 1.637 CC/02) ou até mesmo extinto (art. 1.635 c/c 1.638 CC/02) pelo magistrado por se tratar de um *múnus* público. Por último, como advertem Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo, a súmula 383 do Superior Tribunal de Justiça, determina que, em regra, o foro competente para processar e julgar as ações conexas de interesse do menor é o do domicílio do detentor da guarda. Logo, também o será para discussões pertinentes ao poder familiar.¹³⁰

Por fim, caracteriza-o Maria Helena Diniz¹³¹:

O poder familiar é um *munus* público, sendo um direito-função e um poder-dever. É irrenunciável, pois os pais não poderão abrir mão dele; inalienável ou indisponível, no sentido de que não pode ser transferido pelos pais a outrem, a título gratuito ou oneroso; imprescritível, já que dele não decaem os genitores pelo simples fato de deixarem de exercê-lo (somente poderão perdê-lo nos casos previstos em lei); e é incompatível com a tutela, não se pode, portanto, nomear tutor a menor, cujo pai ou a mãe não teve suspenso ou destituído do poder familiar. Conserva ainda, a natureza de uma relação de autoridade por haver um vínculo de subordinação entre pais e filhos, pois os genitores têm o poder de mando e a prole, o dever de obediência, segundo o art. 1.634, VIII do Código Civil.

¹²⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 299-300.

¹²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 462.

¹³⁰ FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Direito Civil: família e sucessões**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 482.

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 5: direito de família. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 642-643.

3 O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA

Neste capítulo, a proposta é a de trazer uma reflexão acerca da guarda compartilhada, para que seja possível a compreensão de que, pelo Princípio do Melhor Interesse, ela é, de fato, a que melhor o respeita, rompendo também o paradigma arcaico de que as genitoras são naturalmente mais aptas a criarem os filhos e o de que só é cabível em dissoluções consensuais. Frisa-se aos pais: a guarda é um atributo do poder familiar – portanto ambos têm direito - e não da conjugalidade!

3.1 Breve análise histórica-jurídica da guarda parental

A ruptura de uma sociedade afetiva, que resultou em procriação, ou pais que nem sequer chegaram a ter um relacionamento estável - mas apenas ocasional ou uma única vez - são situações sociais que acionam o Poder Judiciário quanto ao deferimento da guarda parental. Portanto, o que estará em jogo, de fato, em primeiro lugar, serão os interesses dos filhos. Em síntese: “o menor segue tendo o direito a conservar seu pai e sua mãe em torno de si, porque é fundamental à sua integral formação a manutenção dos dois vínculos”¹³².

A seguir, será apresentado um breve panorâmica histórico-jurídico desse instituto protetivo infantojuvenil.

O Decreto-Lei nº 181 de 1890 - sobre o casamento civil - foi a primeira norma brasileira que dispôs sobre o destino dos filhos com a separação dos pais¹³³, baseando-se no que tivessem acordado particularmente os pais (artigo 98) e na inocência ou culpa dos cônjuges: os filhos ficariam com o cônjuge inocente e ao culpado caberia auxiliar no sustento e na educação deles. Ressalta-se que, caso fosse a mãe a culpada, ela, mesmo assim, teria a posse dos filhos de qualquer sexo até completarem 3 anos (artigo 90 c/c artigo 96). A nulidade ou anulabilidade do casamento também determinavam o destino dos filhos: casamento declarado nulo ou anulável sem culpa de algum dos contraentes ficariam com a mãe as filhas e os filhos

¹³² GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: quem melhor para decidir a respeito? Disponível em: <http://www.pailegal.net/index.php/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/371-guarda-compartilhada-quem-melhor-para-decidir-a-respeito->. Acesso em: 21 de nov. 2018.

¹³³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2 .ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 50.

até os 6 anos (artigo 95). Eram normas conservadoras, que desprezavam qualquer tipo de interesse a bem dos filhos.¹³⁴

O Código Civil de 1916, no tocante à guarda, manteve praticamente a mesma ideia do Decreto-Lei 181 de 1890: respeito ao acordo firmado entre os pais quanto à guarda (artigo 325); ao cônjuge que não deu causa à separação seria atribuída a guarda e ao culpado a atribuição de sustento (“caput” artigo 326); sendo os dois culpados, a mãe ficaria com a filha e o filho até que este completasse 6 anos e os maiores de 6 anos seriam entregues diretamente ao pai (§ 1º e § 2º, artigo 326). O caput do artigo 327 permitia o juiz, por motivos graves, em qualquer caso, regular de maneira diferente da acordada pelos pais ou da prevista em lei, a bem dos filhos.

O Decreto-Lei nº 3.200/1941 sobre a organização e proteção da família, inicialmente, em seu artigo 16, disciplinava a respeito da guarda que seria exercido por quem reconhecesse primeiramente o filho. Posteriormente, o Decreto-Lei nº 5.213/1943 alterou sua redação dispondo que, caso ambos os pais tivessem reconhecido, caberia ao pai o poder, salvo se o juiz decidisse de outro modo no interesse do filho. Passados 27 anos, veio a Lei nº 5.582/1970 modificando novamente esse artigo: se ambos os pais reconhecessem, o filho ficaria sob o poder materno.¹³⁵

Em 1946, foi publicado o Decreto-Lei nº 9.704 disciplinou sobre a guarda de filhos menores no desquite judicial: o direito de visita aos filhos era garantido ao cônjuge culpado. E a guarda poderia ser deferida a familiar do cônjuge inocente, se assim o juiz entendesse melhor.¹³⁶

Com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada, alterou-se o artigo 326, § 1º e § 2º do Código de 1916: sendo pai e mãe culpados pela dissolução conjugal, os filhos ficariam sob a guarda materna, caso não lhes causasse nenhum dano de ordem moral (aqui, já é notória uma certa preocupação com o bem estar do menor). Ou, se a nenhum dos pais fosse deferida a guarda, esta seria deferida a parente materno ou paterno notoriamente idôneo, ampliando o

¹³⁴ Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 nov. 2018.

¹³⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm. Acesso em: 17 nov. 2018.

¹³⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del9701.htm. Acesso em: 17 nov. 2018.

que estava no Decreto-Lei supramencionado. Essa norma foi reafirmada na Lei do Divórcio de 1977. Segundo Marco Aurélio de Sá Viana¹³⁷,

A Lei n. 6.515/77 traçou o caminho que deverá ser atendido, tendo em vista sempre o bem do menor.

Se a separação é consensual, o juiz homologará o que os cônjuges houverem decidido, se conveniente aos interesses do menor e dos maiores inválidos. Se não estiverem preservados, poderá negar a separação (art. 34, § 2º). Se o litígio se instala, observa-se o seguinte: a) se a causa é a conduta desonrosa ou violação dos deveres do casamento, a guarda é entregue ao inocente (art. 5º, caput). Se ambos forem culpados, os filhos ficam com a mãe, salvo se o juiz verificar que a solução trará prejuízos de ordem moral para a prole. Se restar provado que os pais não reúnem condições para o encargo, ele será deferido à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos consortes; b) se o motivo é a ruptura da vida em comum há mais de 5 anos (art. 5º, §1º), a prole fica com aquele que a tinha em sua companhia. [...]

Como já exposto, a Declaração Universal dos Direitos da Criança influenciou a Política Nacional do Bem-Estar do Menor e, por conseguinte, as decisões judiciais relativas à guarda. Explica-nos Heloisa Helena Barboza¹³⁸:

A ideia de bem-estar do menor e prioridade de seus interesses prevaleceu e de fato impregnou-se em nosso ordenamento, tendo imediato e eficaz reflexo nas questões relativas à guarda de crianças.

A jurisprudência, efetivamente, caminhava para que se desse, em qualquer caso, a prevalência do bem do menor condicionando-se a decisão da guarda ao interesse dos filhos.

A autora, para corroborar com sua afirmação, faz menção às lições de Silvio Rodrigues: “em todos os litígios em que se disputasse a guarda de filhos, o julgador devia ter em vista, sempre e primordialmente, o interesse dos menores, princípio de tal modo relevante que deve derogar todas as regras e inspirar o julgador em todas as decisões”.¹³⁹

Nas palavras de Marco Aurélio de Sá Viana¹⁴⁰:

Em matéria de tutela de menor a ideia mestra é a prevalência do seu direito fundamental de atingir a idade adulta cercado de cuidados e garantias materiais e

¹³⁷ VIANA, Marco Aurélio de Sá. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 172.

¹³⁸ BARBOZA, Heloisa Helena. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 24 abril 2019.

¹³⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**, v. 6, p. 240 apud BARBOZA, Heloisa Helena. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 24 abril 2019.

¹⁴⁰ VIANA, Marco Aurélio de Sá. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. p. 173.

morais adequadas. A Constituição Federal de 1988 evidencia esse ponto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina. Por isso, em que pese a orientação imprimida pela Lei n. 6.515/77, o juiz poderá sempre tomar outro caminho se entender, com argumentos e evidências concretas, que o bem do menor recomenda a solução que eleger.

[...] As prerrogativas dos pais [...] sofrem todas as limitações que se revelam necessárias à preservação do bem do menor. Nessa linha a jurisprudência estabeleceu alguns princípios que merecem ser anotados: a) mesmo sendo culpada, a guarda e a posse das filhas menores devem ser deferidas à mãe, se contra ela não pesa nenhuma falta moral superveniente à sentença (TJRS, Ap. 8.537); b) embora inocente, o cônjuge pode perder a guarda, como se dá quando o varão não tem condições de os ter sob sua guarda, e, no interesse dos menores, devem ser confiados à genitora, sobretudo se não se constata seja mulher indigna ou indônea (TJRS, Ap. 23.160); a guarda dos menores admite revisão a qualquer tempo (TJMG, Ap. 56.198).

Conforme explicitado nos capítulos anteriores, com a Constituição de 1988, houve significativas mudanças paradigmáticas no Direito de Família, tendo como influências marcantes a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse. Lecionam Cristiano Chaves e Nelson Rosendal¹⁴¹:

Através da guarda de filhos sempre se impôs uma opção (traumática, diga-se *en passant*) para a convivência entre pais e filhos após a dissolução afetiva: um dos genitores se transformando em guarda, o outro em alimentos e visitação.

O instituto da guarda precisa estar vocacionado a servir à proteção integral menorista, com o propósito de preservar a integridade fisiopsíquica de crianças e adolescentes, assegurando-lhes seu crescimento e desenvolvimento completo [...].

A guarda, assim, compreendida a partir da normatividade constitucional, deve cumprir uma importante função de ressaltar a prioridade absoluta do interesse menoril [...].

A partir dessa interpretação conforme a Constituição, conclui-se, com segurança, ser chegado o momento de se revisitar o clássico conceito de guarda no sistema jurídico. Para além disso, a partir do reconhecimento do melhor interesse infantojuvenil (decorrente da máxima *the best interest of the child*), há um inegável processo de autonomia da vontade da criança e adolescente, com reflexos diretos sobre a guarda. Contemporaneamente, filhos menores, por si sós, exigem a convivência recíproca com os genitores como mecanismo de concretização da própria estrutura familiar e parental.

Contudo a Constituição não trouxe, de imediato, modificações legislativas quanto à questão da guarda (esta era, até então, regulamentada ainda pelas Leis nº 5.582 e 6.515/77), o que veio a ocorrer somente com o Código Civil de 2002. Reforça Heloisa Helena Barboza¹⁴² esse ponto:

¹⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 694-695.

¹⁴² BARBOZA, Heloisa Helena. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/69.pdf#page=215. Acesso em: 29 abr. 2019.

A incorporação da doutrina da proteção integral no corpo constitucional ratificou e explicitou o princípio do melhor interesse, aplicável a toda criança e adolescente. Em consequência, a partir de 1988, passaram tal doutrina e princípio a reger, necessariamente, as relações familiares que envolvam criança e adolescente.

Diretamente atingidos foram os institutos da filiação, do pátrio poder, da guarda [...]. Impõe-se registrar, ainda uma vez, que embora o princípio do melhor interesse da criança tenha sido adotado pelo ordenamento brasileiro antes da Constituição Federal de 1988 e mesmo assimilado francamente pela jurisprudência no que concerne à atribuição da guarda nos casos de separação judicial, como antes assinalado, verdade é que não chegou o citado princípio a derrogar o Código Civil [de 1916].

Pela redação original do Código de 2002, quanto à guarda – com referência apenas à unipessoal - o acordo firmado entre os pais foi mantido (artigo 1.583), mas caso não houvesse esse acordo, a guarda seria atribuída “a quem revelasse melhores condições para exercê-la” (“caput”, artigo 1.584), o que significaria que seria concedida àquele que melhor atendesse ao interesse da criança, conforme o Enunciado 102 da I Jornada de Direito Civil. Inclusive, o juiz poderia deferir-la a um terceiro - “levando em conta a relação de afinidade e afetividade” - de preferência, a um familiar (artigo 1.584, parágrafo único). Portanto, percebe-se que não mais importava a culpa e houve a eliminação da preferência materna, que eram fatores relevantes para a concessão da guarda. Pelas palavras de Carlos Roberto Gonçalves¹⁴³:

Não mais subsiste, portanto, a regra do art. 10 da Lei do Divórcio de que os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela [separação] não houver dado causa. Assim, mesmo que a mãe seja considerada culpada pela separação, pode o juiz deferir-lhe a guarda dos filhos menores [...] Não se indaga, portanto, quem deu causa à separação e quem é o cônjuge inocente, mas qual deles revela melhores condições para exercer a guarda dos filhos menores, cujos interesses foram colocados em primeiro plano.

Em complementação, Douglas Phillips Freitas afirma que a guarda, a partir do Código Civil de 2002, passou a ser concedida àquele que revelasse melhor condição para a manutenção do infante, em consonância com o interesse e o bem-estar deste, atrelados às possibilidades de cada um dos pais em atender tais pressupostos. Com isso, demonstra-se que “com a Constituição de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002, o filho finalmente deixa de ser uma espécie de espólio de guerra ou prêmio ao inocente.”¹⁴⁴

¹⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses jurídicas**, vol. 2: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 85.

¹⁴⁴ FREITAS, Douglas Phillips. **Guarda compartilhada e as regras da perícia social, psicológica e interdisciplinar**: comentários à lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 34

E mais, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁴⁵ indicam que até mesmo o deferimento da guarda compartilhada seria viável porque assim deixava subentendido o *caput* artigo 1.584:

Com o advento do art. 1.583 do Código Reale, inclusive com as modificações ulteriores, o sistema proclama, em palavras certeiras, que a guarda de filhos deve atender, primeiramente, ao melhor interesse da criança e do adolescente. Ou seja, em primeiro lugar, o bem-estar do menor, depois as disposições da lei.

A própria redação [original] do art. 1.584 já preconizava que o juiz [...] deveria atribuir a guarda ao genitor que apresentasse “melhores condições”, deixando subentendida a possibilidade de que, se apresentando ambos os genitores com condições adequadas, defluiria como consectário lógico, a guarda conjunta, respeitando, no ponto, o melhor interesse da criança.

A Lei nº 11.698/2008 alterou os artigos 1.583 e 1.584 da norma civilista para implementar a guarda compartilhada - será melhor trabalhada no subcapítulo 3.3 - no direito pátrio - que preferia a guarda unilateral -, devendo ser imposta “sempre que possível”, mesmo não tendo acordado os pais quanto à guarda (§ 2º, artigo 1.584). Caso não seja possível o deferimento da guarda compartilhada, “a guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la” (artigo § 2º, artigo 1.583).

Em 2014, foi publicada a Lei nº 13.058, que modificou os dispositivos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, a fim de ratificar juridicamente a imposição obrigatória da guarda compartilhada. Logo, somente em duas hipóteses esta não poderá ser aplicada: quando um dos genitores não a quiser (§ 2º, artigo 1.584) ou não estiver apto para o exercício do poder familiar (§ 5º, artigo 1.584).

3.2 Guarda parental: conceito, características e espécies

Patricia Pimentel¹⁴⁶ classifica a guarda em três espécies que dizem respeito à sua origem:

a) Guarda natural, que decorre do reconhecimento do filho, na forma do artigo 1.612 do Código Civil. Ao efetuar a certidão de nascimento do filho, a mãe, o pai ou ambos lhe garantem o direito ao nome, à nacionalidade, vínculos familiares e direitos daí decorrentes, bem como se tornam titulares do poder familiar.

¹⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 697 e 704.

¹⁴⁶ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 64.

b) Guarda comum ou conjunta, que decorre do dever conjugal ou da união estável de sustento, guarda e educação dos filhos (artigos 1.566, inciso IV e 1.724 do Código Civil).

c) Guarda unilateral ou compartilhada, que decorrem do fato de os pais não morarem juntos, seja porque nunca moraram ou se separaram.

Rolf Madaleno¹⁴⁷ menciona, ainda – o que seria uma quarta classificação -, a guarda de fato que é aquela decorrente ou da separação de fato dos pais ou de pais solteiros:

Existindo entre os pais mera separação de fato [...], a guarda dos filhos segue sendo de ambos; considerando inexistir ainda qualquer solução processual a respeito da custódia oficial da prole, [...] a nenhum deles é dada a primazia legal da custódia, não obstante existisse uma tendência oficial de preservar a situação verificada por ocasião da separação de fato, permanecendo os filhos com o genitor com o qual já se encontravam [...]. A guarda de fato também se faz presente quando os pais não são casados e tampouco coabitam, e sua prole comum fica sob a custódia de um dos ascendentes [...], a guarda de fato é desempenhada por uma pessoa que justamente carece da qualidade de tutor ou guardião, mas que no mundo dos fatos e de modo informal toma a si a tarefa.

Ensinam Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo que a guarda se trata de um instituto assistencial do direito de família, que pressupõe processo judicial e não leva à extinção, em hipótese alguma, do poder familiar. “Regula o estado de fato relativo à posse da criança ou do adolescente, menor de dezoito anos e não emancipado. Dialoga com o regulamento da convivência do menor com seus genitores ou terceiros”¹⁴⁸.

Acrescenta-se, do ponto de vista processual, que:

A ação de guarda de filhos (materialmente disciplinada pelo Código de 2002) obedece ao procedimento especial das ações de famílias, previsto nos artigos 693 e 699 do Código de Processo Civil de 2015, com uma fase de mediação obrigatória. Ação esta que tramita nas varas de famílias sem a cobrança de custas. A guarda precisa ser compreendida como mecanismo de proteção integral infantojuvenil, apresentando-se como muito mais do que direito dos pais ou de terceiros. Em verdade, cuida-se de um dever imposto justificadamente aos pais, ou a um terceiro, por isso deve ser cumprida sob sanções diversas e, inclusive, o Ministério Público tem legitimidade ativa, que independente de situação de risco, para o ajuizamento de ações na defesa dos interesses de criança e de adolescente.¹⁴⁹

¹⁴⁷ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 436.

¹⁴⁸ FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Direito Civil: família e sucessões**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 482.

¹⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 698-699.

Em complementação ao exposto anteriormente, o artigo 694 do novo CPC estabelece que, para a solução consensual da controvérsia das ações de família, serão empreendidos todos os esforços. O que significa dizer, inclusive, que o juiz terá à sua disposição auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para audiências de mediação (pela Lei de Mediação, 13.140/2014, as partes ou o próprio mediador poderão requerer outros mediadores) e de conciliação (em regra, essas audiências não são passíveis de renúncia nas ações de família)¹⁵⁰. O magistrado poderá até optar pela suspensão processual quando houver mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar, aos quais os litigantes se submetam, conforme parágrafo único desse artigo. Nesse sentido, expõe Conrado Paulino¹⁵¹:

As sessões de mediação – que, de forma equivocada, o novo Código de Processo Civil, em algumas oportunidades, denomina como ‘audiência’ de mediação – poderão se dividir em tantas sessões quantas forem necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais, para evitar o perecimento do direito (artigo 696).

A atuação do mediador vem da ideia de que ele possa agir como colaborador para que os participantes da mediação possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Nessa esteira, o ofício do mediador prescinde, necessariamente, de um agir interdisciplinar [...]. Para isso, é recomendável a participação de dois profissionais [...]. Dessa forma, recomenda-se pela prática da mediação, que a dupla de profissionais possua formação distinta, ou seja, um(a) advogado(a) e um(a) assistente social, um(a) psicólogo(a) e um advogado(a), por exemplo.

A mediação é estruturada a partir dessa visão interdisciplinar [...] e preconiza o potencial de transformação das pessoas, amparada na consideração e respeito às diferenças.

Desse modo, a mediação permite novos meios de agir embasados na proposta de um atendimento jurídico mais humanizado no tratamento dos dissensos familiares, contando com a atuação de profissionais auxiliares para a resolução conflitual, tais como: assistentes sociais e psicólogos¹⁵². Assim também é a recomendação dada pelo Enunciado 335 da IV

¹⁵⁰ De acordo com o § 2º do artigo 165 do Código de Processo Civil, o conciliador deverá atuar preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. Já, conforme o § 3º desse artigo, o mediador atuará, preferencialmente, nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes (por exemplo, causas societárias e de família). MOUZALAS, Rinaldo; NETO, João Otávio Terceiro; MADRUGA, Eduardo. **Processo Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 583.

¹⁵¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 139-140-141.

¹⁵² ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 141.

Jornada de Direito Civil¹⁵³. Inclusive, o próprio § 3º do artigo 1.584 vai ao encontro dessa afirmação, conforme dispõe Aurélia Lizete¹⁵⁴:

Este parágrafo prevê a possibilidade de o juiz ou o MP se socorrer de equipe interdisciplinar ou de um técnico-profissional para embasar sua decisão na atribuição da guarda compartilhada ou da guarda a um dos genitores, visando a fixar uma divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe, estabelecendo os períodos de convivência.

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a guarda de filhos deve ser compreendida como “mecanismo de efetivação da proteção prioritária e integral da criança e do adolescente em seus núcleos familiares e parentais, por meio do estabelecimento do modelo de custódia e convivência que se mostrar mais adequado ao caso específico”¹⁵⁵. Complementando-os, dispõe Carlos Roberto Gonçalves - citado por Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo - ao afirmar que a guarda se trata de “um direito natural dos genitores”¹⁵⁶; e Edgar de Moura Bittencourt, por Christianne Garcez que¹⁵⁷:

A guarda não é apenas um *munus*, no sentido exclusivo de obrigação, proteção e zelo [...] envolve, em contraposição aos deveres que acarreta, algumas vantagens materiais e imateriais em favor de quem exerce, que podem ser erigidas na qualidade de direitos.

Para Mariano Otero, citado por Rolf Madaleno, “em regra, a guarda é um atributo do poder familiar, mas não é de sua essência”, que está relacionada à convivência propriamente dita. É constituída pelo direito de viver com o filho menor ou incapaz no mesmo local de moradia, onde haja relação de comunicação, afeto e de carinho, “com o correlato dever de assumir a responsabilidade direta de velar pelos interesses do filho, a quem representa em

¹⁵³ Enunciado 335 da IV Jornada de Direito Civil: “a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação por equipe interdisciplinar”. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/358>. Acesso em: 27 nov. 2018.

¹⁵⁴ CZAPSKI, Aurélia Lizete de Barros. **Artigos 1.511 a 1.590**. In: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da (org.); CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 10. ed. Barueri: Manole, 2017, p. 1.397.

¹⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 695.

¹⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 6: direito de família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283. Apud FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Direito Civil: família e sucessões**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 482.

¹⁵⁷ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Guarda de Filhos**. 3. ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1984, p. 1. Apud GARCEZ, Christianne. **Direito de Família e das sucessões**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 84.

juízo nas ações onde for parte, sendo a custódia uma decorrência da separação dos pais, tenham sido ou não casados.”¹⁵⁸

Maria Helena Diniz leciona que, conforme há no direito francês, para o juiz deferir a guarda do filho quando há litígio entre os pais, deverá considerar além da fonte imprescindível, o superior interesse do menor, três referenciais de continuidade, respeitando sua dignidade como ser humano e seu direito da personalidade¹⁵⁹:

a) *Continuum* de afetividade, segundo o qual o menor deve ficar sob a guarda do genitor em cuja companhia se sentir mais feliz e seguro, logo é preciso averiguar quem é o genitor que representa para a criança ou adolescente uma figura de apego, sendo o seu porto seguro em momentos difíceis, garantindo-lhe segurança, cuidado adequado e confiança tão necessários para o bom desenvolvimento de suas potencialidades, de seu caráter e de sua personalidade;

b) *Continuum* social, considerando-se o ambiente vivido pelo menor no instante da separação dos pais;

c) *Continuum* espacial, preservando seu espaço, porque a personalidade do menor nele se constrói e se desenvolve, pois quando há mudança do local onde vive, da escola onde estuda ou da igreja que frequenta, a criança ou o adolescente perde seu referencial de espaço, ou melhor, o envoltório espacial de sua segurança e, conseqüentemente, poderá haver desequilíbrio em seus relacionamentos sociais, em virtude de alteração na sua rotina.

Além do exposto por Maria Helena Diniz, Rolf Madaleno, baseando-se no conceito de custódia de Krause, considera que¹⁶⁰:

O conceito da custódia, definido pelo princípio dos melhores interesses da criança, decorre de uma série de fatores a serem considerados, como a vontade do ascendente ou dos ascendentes em deterem a sua guarda; a vontade dos filhos a respeito dessa custódia; a interação e o relacionamento da criança com o seu genitor, em confronto com qualquer outra pessoa que mantenha significativa afetividade com este petiz; a adequação da criança com a casa, a escola e a comunidade e a saúde mental e psicológica das pessoas envolvidas na custódia.

A guarda dos filhos poderá ser requerida consensualmente por ambos os pais ou por qualquer um deles em ação exclusiva de guarda (para os casos de pais solteiros); ação

¹⁵⁸ OTERO, Mariano C. Tenencia y refimén de visitas. Buenos Aires: La Rey. 2012, p.7 apud MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 430.

¹⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **Guarda**: novas diretrizes, vol. 3 Disponível em: <https://direitocivilcontemporaneo.academia.edu/REVISTADEDIREITOCIVILCONTEMPOR%C3%82NEORDCC>. Acesso em: 22 de nov. 2018.

¹⁶⁰ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 430.

autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, esta, em regra, será proferida após a oitiva das partes¹⁶¹ (artigo 1.584, inciso I). E, atendendo às necessidades específicas do filho, assim como a disponibilidade dos genitores para uma divisão temporal de convívio paterno/materno-filial¹⁶², será decretada pelo juiz (artigo 1.584, inciso II). Este, por seu turno, deverá informar, na audiência de conciliação, sobre as benesses da guarda compartilhada – por ser “obrigatória” (§ 2º, artigo 1.584) -, os deveres e os direitos que a envolvem e advertir sobre sanções aplicáveis ao descumprimento de suas cláusulas (§ 1º, artigo 1.584).

Prevê o direito civil brasileiro dois tipos de guarda parental: a unilateral (exclusiva/individual), que é tratada como exceção, e a compartilhada (conjunta), a regra. Pelo § 1º do artigo 1.583, extraem-se seus conceitos: a guarda unilateral é aquela atribuída a apenas um dos pais ou, em casos excepcionais, a outra pessoa, de preferência, um familiar, relacionado afetivamente com a criança, que os substitua (§ 5º, artigo 1.584). Por sua vez, a guarda compartilhada é “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”. Ou seja, ambos os pais exercerão a compartilhada conjuntamente e simultaneamente. E será imposta judicialmente a modalidade que contemple o princípio do melhor interesse:

Percorrendo o caminho apontado pela Lex Fundamentallis é possível afirmar que a guarda de filhos está parametrizada pelo critério do melhor interesse da criança ou adolescente. Com isso, afasta-se o eventual interesse dos pais para reconhecer que a guarda de filhos tem sistemática própria, ligada à prevalência do interesse infantojuvenil.

Por isso, se preciso há de se sacrificar os interesses dos pais, em prol do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nessa tocada, a orientação jurisprudencial superior é no sentido de que o juiz deve fixar a guarda em conformidade com o melhor interesse infantojuvenil.¹⁶³

¹⁶¹ Artigo 1.585 do Código Civil: Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584”.

¹⁶² Segundo Paulo Lobo, “o fato de um dos pais dedicar mais tempo à sua atividade profissional que o outro também não pode ser decisivo para a escolha. Basta demonstrar que sua menor disponibilidade de tempo não afeta o desenvolvimneto e a formação do filho, nem a intensidade de seu afeto e que dispõe de meios para seu acompanhamento em harmonia com suas obrigações de trabalho”. LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 194-195.

¹⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 700.

Explica Sílvio de Sávio Venosa¹⁶⁴ que não se tratam de institutos imutáveis, fixos ou estagnados, mas sim gradativos:

A guarda compartilhada pode ser mais ou menos ampla, dependendo do caso concreto. Por outro lado, a guarda unilateral pode abrir válvulas ao compartilhamento, como, por exemplo, direito de visitas mais amplo que pode caracterizar forma de convivência. A guarda unilateral extremada afasta o filho do cuidado de um dos genitores. [...]. O fato de alguém estar com a guarda unilateral não libera o outro genitor dos deveres básicos da paternidade, devendo estar sempre atento à proteção dos interesses dos filhos.¹⁶⁵

Decretada a guarda exclusiva (pela interpretação da Lei 13.058/2014, esta só será possível “depois de esgotada a tentativa de implementação da guarda compartilhada”¹⁶⁶), surge para o genitor não-guardião quanto ao filho, o dever de supervisionar os interesses dos filhos (§ 5º do artigo 1.583)¹⁶⁷, o direito de visita (artigo 1.589 e Enunciado 333 da IV Jornada de direito Civil)¹⁶⁸ e de tê-lo em sua companhia. Nesse sentido, leciona Aurélia Lizete¹⁶⁹:

O presente parágrafo reforça a orientação de que ambos os genitores têm o direito e o dever de fiscalizar um a outro o exercício da guarda, podendo, inclusive, solicitar informações e/ou prestações de contas [por isso o guardião deve guardar as notas fiscais e qualquer outro tipo de documento relacionado aos gastos e ao dia a dia do

¹⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil**, vol. 5: direito de família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 209.

¹⁶⁵ Complementando a afirmativa, Aurélia Lizete lembra que “a decisão sobre guarda e o regime de visitas não faz coisa julgada, uma vez que a qualquer tempo poderá ser alterada, sempre visando ao interesse do menor”. CZAPSKI, Aurélia Lizete de Barros. **Artigos 1.511 a 1.590**. In: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da (org.); CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). **Código Civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 10. ed. Barueri: Manole, 2017, p. 1401.

¹⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**, vol. 6: direito de família, vol. 6. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 602. APUD FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Direito Civil**: família e sucessões. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 484.

¹⁶⁷ Alerta Conrado Paulino, fundamentando-se no artigo 1.692 do Código Civil, que “há 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 [...] o juiz lhe dará curador especial”. ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 95.

¹⁶⁸ Acrescenta Patricia Pimentel que o direito de visita é permissível a qualquer pessoa, parente ou não, que com a prole tenha vínculo afetivo, conforme E. 333 da IV Jornada de Direito Civil. Ou seja, além dos avós (parágrafo único do artigo 1.589), aos tios, madrastras e padrastos cabem esse direito. Assim como o dever fiscalizatório quanto ao bem-estar do filho também “é extensivo a qualquer parente e até mesmo a terceiros, com ou sem vínculo com a criança, como na hipótese de vizinho que denuncia maus-tratos às autoridades competentes”. RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada**: novos paradigmas do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 71.

¹⁶⁹ CZAPSKI, Aurélia Lizete de Barros. **Artigos 1.511 a 1.590**. In: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da (org.); CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). **Código Civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 10. ed. Barueri: Manole, 2017, p. 1.395 e seg.

filho, exemplos: receituário médico, boletins escolares] objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação dos filhos. Porém, mesmo com atribuição unilateral da guarda, o legislador de 2002 admitia que ao genitor que não couber a guarda caberá fiscalizar e acompanhar a criação e a educação de seu filho, por meio do exercício do poder familiar, conforme arts. 1.633 e 1.634 do CC. Dessa forma, visando ao interesse dos filhos, já era possível exigir, pelo alimentante, a verificação judicial da correta aplicação dos valores pagos ao outro genitor a título de pensão alimentícia para seus filhos. É indubitável o direito de o alimentante cobrar a real aplicação dos alimentos que paga em prol do alimentado, podendo exigir que o genitor que mantém a guarda e administra a verba alimentar preste contas em juízo desta aplicação.

Quando não for possível ao magistrado atribuir a guarda compartilhada, em razão da inaptidão de um dos genitores, a guarda deverá ser fixada ao genitor que oferecer melhores condições [seguindo a mesma linha de entendimento do revogado § 2º e incisos do artigo 1.583 para averiguação dessas melhores condições: afeto, saúde, segurança e educação e em consonância com o Enunciado 102 da I Jornada de Direito Civil]. [...] Eventualmente, tendo sido deferida a guarda para um dos pais, deve ocorrer a regularização de visitas para que o menor tenha contato com outro ascendente.

A visita dos filhos menores pode ser convencionada de comum acordo pelos genitores nos autos da separação judicial, na ação de divórcio ou nos autos da ação de guarda e homologada pelo juiz. A visita também poderá ser fixada pelo juiz quando os genitores não chegarem a um consenso sobre os dias e horário em que se realizará. De qualquer forma, as visitas jamais poderão prejudicar a rotina escolar e o bem-estar dos filhos.

Vale ressaltar que, além da guarda unilateral e compartilhada (esta será estudada mais detalhadamente no tópico seguinte), há possibilidade de outros tipos serem adotados em benefício do bem-estar do filho. Assim dispõe o Enunciado 518 da V Jornada do Conselho de Justiça Federal. Explicam Luciano Figueiredo e Roberto Figueiredo que “apesar da omissão legislativa, é possível ampliar as modalidades da guarda, sob o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, sempre em busca do melhor interesse”¹⁷⁰. Os autores citam as duas outras modalidades, a alternada e a nidação:

Na guarda alternada existe um revezamento de períodos exclusivos com cada um dos genitores. Assim, a criança ou adolescente divide, de forma sequenciada, um período com um genitor, e outro período com o outro genitor (ex: a primeira parte da semana com a mãe e a segunda parte da mesma semana com o pai). Assim sucessivamente. Enquanto o menor estiver com um genitor, ao outro caberá, tão somente, o direito de visitas.

Na guarda por nidação ou aninhamento, a criança ou o adolescente permanecerá no mesmo domicílio, no qual o casal originariamente vivia, sendo que os genitores revezarão períodos de convívio neste lar.

3.3 Guarda compartilhada

¹⁷⁰ FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Direito Civil: família e sucessões**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 488.

Historicamente, a legislação patriarcal brasileira recepcionava a divisão familiar de papéis entre marido e mulher, indicando os homens como os provedores da família e as mulheres como mantedoras do lar e responsáveis pela criação dos filhos, isso é, as “donas” dos filhos. Nesse sentido, informa Conrado Paulino¹⁷¹:

A presença de uma legislação atrelada à sujeição do gênero feminino e seu espaço restrito, durante muito tempo, tão somente em relação aos cuidados do lar e, por outro lado, a posição masculina enquanto “cabeça da família” e responsável pela manutenção trouxe, mesmo na era moderna, uma conotação quase pré-histórica no desenvolvimento da família: o homem enquanto responsável pela “caça” ficando fora do lar, e, em outra esteira, a mulher, como única cuidadora da cria.

Não à toa que, em sua esmagadora maioria, a guarda concedida sempre foi – e ainda hoje é - a unilateral à mãe¹⁷², conforme expõe Paulo Lobo¹⁷³:

A opção preferencial pela mãe (89,1% em 2007, segundo IBGE) nem sempre resulta no melhor interesse da criança. As mudanças socioeconômicas havidas no século XX, notadamente da emancipação feminina com sua crescente inserção no mercado de trabalho, provocaram estreitamento das diferenças culturais entre os gêneros, que relegavam à mulher papéis distintos dos homens; para elas o mundo privado, para eles o mundo público, incluindo o de provedor. A preferência para a mãe, persistente no inconsciente coletivo, com reflexos judiciais, além de violar o princípio da igualdade previsto no § 5º do art. 226 da Constituição, constitui resquício dessa tradicional divisão de papéis, que desmerece a dignidade da mulher.

Juntamente com a percepção da necessidade de uma proteção especial para as crianças e adolescentes, houve transformações de paradigmas sociais que levaram à reestruturação da guarda parental, principalmente, a partir da segunda metade do século XX, como o maior ingresso das mulheres no mercado de trabalho (abrandando a ideologia patriarcal), movimentos feministas no campo da sexualidade e reprodução e reivindicações masculinas em prol de seus direitos ligados à intimidade (relação paterno-filial).

Os pais passaram a reivindicar o maior convívio com os filhos ao descobrirem seu instinto paternal sem receio da “perda” da masculinidade, tanto que “os homens acabaram descobrindo as delícias da paternidade e se uniram em número significativo de associações e organizações não governamentais” para que, juntos, pudessem garantir o direito de participar

¹⁷¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 58.

¹⁷² Mais adiante, verificar-se-á que atualmente ainda é a unilateral materna que prevalece, porém essas estatísticas vêm ganhando novos contornos, resultando no crescimento da compartilhada, segundo dados do IBGE 2018.

¹⁷³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 194.

ativamente na vida dos filhos¹⁷⁴. Dessas associações, organizações não governamentais e grupo privado de trabalho, surgiram *sites* até bem populares, como da APASE (atualmente, Associação de Pais e Mães Separados) e do “PaiLegal”¹⁷⁵, que trazem à tona a discussão sobre a importância da guarda compartilhada, a partir do novo conceito de paternidade, sob o ponto de vista de psicológico, psicanalístico, social e jurídico. Segundo Maria Berenice Dias¹⁷⁶:

Os homens se uniram em número significativo de associações não governamentais. A primeira conquista ocorreu em 2008 (Lei n. 11.698/08), com alteração do Código Civil, instituindo a guarda compartilhada [...], a lei sinalizou preferência ao compartilhamento (CC 1.584, § 2º).

Alguns princípios constitucionais - tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, no inciso III, artigo 1º da CF (deste advém os demais), da convivência familiar (artigo 227 da CF), igualdade entre os consortes (§ 5º, artigo 226 da CF) atrelada à de gênero (inciso I, artigo 5º da CF), solidariedade familiar (artigo 229 da CF) e parentalidade responsável (§ 7º, artigo 226 da CF) - simbolizam a nova dinâmica dos papéis parentais. Conseqüentemente, a fim de regulamentar esses novos rumos da maternidade e da paternidade no tocante às responsabilidades quanto aos filhos e aos processos judiciais de custódia, veio à tona a necessidade de se legislar sobre a adoção da guarda compartilhada, que já existia no direito comparado e, eventualmente, era aplicada aos casos brasileiros. Assim dispõe Waldyr Grisard¹⁷⁷:

A noção de guarda compartilhada surgiu da necessidade de se reequilibrar os papéis parentais, diante da perniciosa guarda uniparental concedida sistematicamente à mãe (na guarda tradicional, o genitor não guardião tem uma quantidade limitada de contato com o menor), e de garantir o melhor interesse do menor, especialmente, as suas necessidades afetivas e emocionais. As noções trazidas à colação, sejam do ponto de vista jurídico, sejam do psicológico, enfatizam essas duas considerações. Por outro lado revalorizam o papel da paternidade, por outro trazem ao centro das decisões o destinatário maior do tema em debate, o menor, oferecendo-lhe um

¹⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 876.

¹⁷⁵ “Somos pais que resolveram arregaçar as mangas e construir um site para atender às nossas necessidades de pai na criação de nossos filhos, seja lutando pelo nosso direito à convivência com eles após a separação do casal como também pela qualidade de nossa paternidade.” Disponível em: < www.pailegal.net/quem-somos >. Acesso em: 24 de nov. 2018.

¹⁷⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 519-520.

¹⁷⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 127.

equilibrado desenvolvimento psicoafetivo e garantindo a participação comum dos genitores em seu destino.

Por sua vez, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁷⁸ posicionam-se também explicitando o porquê da regulamentação da guarda compartilhada:

Em tempos mais recentes, porém lastreado na necessária visão interdisciplinar do fenômeno familiar, o Direito das Famílias contemporâneo vem (re)conhecendo uma nova compreensão da matéria, com o propósito de respeitar a tábua axiológica constitucional (dignidade da pessoa humana, solidariedade social, igualdade substancial e liberdade) e a proteção integral infantojuvenil, garantida constitucionalmente.

É nessa arquitetura que alvoreceu a guarda compartilhada ou guarda conjunta – já recomendada pela Psicologia – como mecanismo para resguardar os interesses dos filhos menores nas dissoluções afetivas.

Em 13 de junho de 2008, foi sancionada a Lei nº 11.698, Lei da Guarda Compartilhada, que disciplinou e a instituiu como a pretendida em uma separação, mesmo esta sendo litigiosa, consoante § 2º, artigo 1.584, modificado pelo artigo 1º da referida lei de 2008: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”. Salienta-se que, mesmo não prevista expressamente no ordenamento jurídico, isso não impossibilitava sua aplicação na prática.

A justificativa dessa lei, cujo projeto foi redigido pelo Deputado Tilden Santiago, segundo Conrado Paulino, era de “garantir o melhor interesse da criança e do adolescente e a igualdade entre homens e mulheres na responsabilidade dos filhos”. Ainda de acordo com o texto: “a guarda compartilhada ou conjunta refere-se a um tipo de guarda onde os pais e mães dividem a responsabilidade legal sobre os filhos ao mesmo tempo e compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas à criança”.¹⁷⁹

Contudo, a Lei nº 11.698/2008 não alcançou os efeitos jurídicos e práticos desejados. Esclarece Conrado Paulino¹⁸⁰:

O parágrafo § 2º do artigo 1.583 do Código Civil, a partir de 2008, já assinalava uma realidade – somente efetivada em 2014 – que mesmo ausente acordo entre a mãe e o

¹⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 702.

¹⁷⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 78.

¹⁸⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 79-80.

pai quanto à guarda do filho, seria aplicada, “sempre que possível”, a guarda compartilhada.

Todavia, com a expressão “sempre que possível”, acabou sendo equivocadamente interpretado que o compartilhamento somente seria possível com acordo entre os genitores [o autor cita alguns recursos confirmando essa afirmativa]. 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 [...]

A partir do Projeto de Lei nº 1.009-B/2011 – cuja intenção era a de aclarar quanto à pretensão do legislador sobre a guarda compartilhada -, de autoria do Deputado Federal Arnaldo Faria de Sá- PTB/SP, promulgou-se a Lei nº 13.058/2014 (popularmente conhecida por “Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória”). Estabelecendo, como regra, no ordenamento jurídico brasileiro, a guarda compartilhada, inclusive, aos casos de dissolução não consensual, e privilegiando os interesses dos filhos em relação aos dos pais. Segundo o autor do projeto¹⁸¹:

Muito embora não haja o que se negar sobre avanço jurídico representado pela promulgação da Lei nº 11.698, de 13.06.08, a qual instituiu a Guarda Compartilhada no Brasil. Muitas pessoas, inclusive magistrados, parecem não ter compreendido a real intenção do legislador quando da elaboração de tal dispositivo.

Obviamente, para os casais que, sabiamente, conseguem separar as relações de parentesco “marido/esposa” da relação “pai/mãe”, tal Lei é totalmente desnecessária [...], vez que, por iniciativa própria, estes já compreendem a importância das figuras de Pai e Mãe na vida dos filhos, procurando prover seus rebentos com a presença de ambas. Ocorre que alguns magistrados e membros do Ministério Público têm interpretado a expressão “sempre que possível” existente no inciso em pauta, como “sempre os genitores sem relacionem bem” (sic). Ora, nobres parlamentares, caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum, e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor a época da elaboração da lei já permitia tal acordo. Portanto, ao seguir tal pensamento, totalmente equivocado, teria o Congresso Nacional apenas e tão somente desperdiçado o tempo e dinheiro público com a elaboração de tal dispositivo legal, o que sabemos, não ser verdade.

Mas, a suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento, entre os genitores seja condição para estabelecer da guarda compartilhada, permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental, propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro, apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada, favorecendo assim, não o melhor interesse da criança, mas os seus próprios, tornando inócua a lei já promulgada.

Explica Maria Berenice Dias que a questão do não deferimento da guarda compartilhada nas demandas litigiosas não era uma restrição prevista pela Lei n. 11.698/08, mas acabou se

¹⁸¹ BRASIL. Projeto de Lei n. 1.009-B-2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2A13065B381DA5F85903D0B8BB6BF11E.node1?codteor=1164055&filename=Avulso+-PL+1009/2011 . Acesso em: 26 nov. 2018.

firmando por causa das decisões judiciais, por isso a conveniência de uma nova legislação desmistificando esse entender: “O significado mais saliente da alteração legal é ter esclarecido expressamente que o compartilhamento da guarda não depende da convivência harmônica dos pais. Essa restrição nunca esteve na lei, foi equivocadamente imposta pela jurisprudência”¹⁸². A autora também vai ao encontro da disposição legal ao afirmar que “se os ressentimentos [entres os pais] persistem, nem por isso deve-se abrir mão da modalidade de convívio que melhor atende ao interesse dos filhos”¹⁸³.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁸⁴ reforçam o entendimento de Maria Berenice Dias:

O ponto alto da inovação legislativa foi deixar claro, transparente, que mesmo existindo um conflito entre os pais, o juiz poderá compartilhar a guarda em respeito aos interesses infanto-juvenis, de ofício ou por provocação ministerial. Com isso afasta-se a falsa compreensão de que a guarda compartilhada somente seria cabível nas ações consensuais [...].

Não à toa, apesar de se ter essa transparência legal, fez-se necessária a edição da Recomendação n. 25/2016 a fim de impulsionar os Juízes das Varas de Família a decidirem pela guarda compartilhada, mesmo quando não houver acordo entre os genitores, pois é a regra, conforme previsto no § 2º do artigo 1.584 do Código Civil.

A partir desta nova lei de 2014, percebe-se claramente uma modalidade de guarda revolucionária, privilegiando e incentivando a coparentalidade, a igualdade parental e concretiza a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, uma vez que além de firmar ser o poder familiar intocável, mesmo com pais separados/divorciados ou solteiros, enaltece o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Inclusive, sempre que possível, a criança deverá ser ouvida no seu melhor interesse. Assim orientam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁸⁵:

¹⁸² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 887.

¹⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 884.

¹⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 712.

¹⁸⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 706, 707 e 714.

Efetivamente, a guarda compartilhada diz respeito à forma (inovadora) de custódia de filhos (de pais que não convivem juntos) pela qual a criança ou adolescente terá uma residência principal (onde desenvolverá a sua referência espacial, com o relacionamento com vizinhos, amigos, escola...), mantendo, porém, uma convivência simultânea e concomitante com o lar de ambos os genitores, partilhando do cotidiano de ambos os lares, aniversários, alegrias, conquistas...). Enfim, é o exercício do mesmo dever de guarda por ambos os pais.

Há, portanto, um inescandível fundamento constitucional na guarda compartilhada, materializando a proteção integral infantojuvenil. E, bem por isso, admitimos o cabimento também de um compartilhamento da guarda não apenas entre os pais, mas, por igual, entre os pais e terceiros, como os avós, por exemplo, quando o melhor interesse da criança ou do adolescente assim apontar.

Bem por isso, mesmo na ausência de consenso entre os pais, poderá o juiz determinar o compartilhamento da guarda. [...]. Restaria amesquinhada a guarda conjunta na medida em que o campo da dissolução da convivência afetiva é caracterizado, ordinariamente, por uma alta carga de dramas e instabilidades emocionais, o que pode embaçar a visão dos pais sobre o melhor interesse de seus filhos.

Paulo Lobo adverte taxativamente em que momento a guarda compartilhada deva ser impedida, não a descartando de imediato pelo simples fato de haver dissolução afetiva parental: “somente deve ser afastada quando o melhor interesse dos filhos recomendar a guarda unilateral”¹⁸⁶. Por exemplo, no caso de um dos pais não a quiser (§ 2º, artigo 1.584), quando tiver suspenso ou extinto o poder familiar de um dos genitores; em casos de violência contra o filho; e quando o juiz entender, por bem da prole, conceder a guarda a um terceiro (§ 5º, artigo 1.584)

Patricia Pimentel extrai do texto legal os três requisitos da guarda compartilhada: “maternidade ou paternidade jurídica (normalmente demonstrada com o registro civil do filho); aptidão para o exercício do poder familiar e vontade de exercer a guarda”¹⁸⁷. E indica também que, “se a guarda compartilhada não for solicitada por ambos os pais na audiência de conciliação, o juiz lhes informará o significado da guarda compartilhada [...]”. Portanto, levando a questão custodial à decisão judicial, ao se deferir a compartilhada, ela sugere que serão necessárias, atentando-se à avaliação da equipe interdisciplinar, algumas cláusulas impostas pelo juiz, como¹⁸⁸:

a) períodos de convívio de cada um dos genitores com o filho ou filhos, de forma equilibrada entre pai e mãe, considerando a rotina da criança e o horário de trabalho dos pais;

¹⁸⁶ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 198.

¹⁸⁷ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 78.

¹⁸⁸ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 83.

- b) responsabilidade de ambos os pais em relação aos alimentos [...];
- c) compromisso de respeitar a figura parental do outro e o bem-estar da criança;
- d) escolha, se possível, de uma residência principal; e
- e) sanções pelo descumprimento das cláusulas.

A autora também salienta a importância de, sempre que possível, respeitarem-se os hábitos diários da criança e do adolescente, mantendo o *status quo* havido na constância da união afetiva entre os pais. E também se refere aos filhos de pais solteiros¹⁸⁹:

Se os pais nunca moraram juntos e o estabelecimento das regras de convivência for uma novidade, caberá às partes tentar chegar a um consenso, seja com a ajuda da equipe multidisciplinar ou da mediação, tendo em vista os horários de trabalho e os compromissos da criança. Um estudo social com visita domiciliar na casa de ambos os pais, além do estudo psicológico com escuta de toda família, faz-se altamente recomendável.

Quanto à escolha da residência principal, Paulo Lobo entende que deva ser estabelecido um lar de referência a fim de garantir aos filhos uma relação de vida estável e concreta. Segundo ele, “a experiência tem demonstrado que a perda de referência da residência, para si mesmo e para os outros, compromete a estabilidade emocional do filho”¹⁹⁰. Em contrapartida, Rodrigo da Cunha Pereira, defende que, por serem pessoas facilmente adaptáveis e maleáveis, “os filhos podem ter duas casas [...], desde que não sejam disputadas continuamente e privada de seus pais. O discurso de que as crianças e adolescentes ficam sem referência, se tiverem duas casas, precisa ser revisto [...]”¹⁹¹. Já, o § 3º do artigo 1.583 determina que “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”.

Maria Berenice Dias compreende não haver essa necessidade de fixação de residência, até porque, em concordância com Rodrigo da Cunha Pereira, não foi comprovada cientificamente essa conveniência domiciliar, logo não se pode afirmar que a “falta de um referencial doméstico” trará, de fato, consequências psicossociais à prole.¹⁹²

¹⁸⁹ RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 84.

¹⁹⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 200.

¹⁹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Guarda Compartilhada: o filho não é de um nem do outro, é de ambos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos>. Acesso em: 27 de nov. 2018.

¹⁹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 527.

No tocante à questão do direito de convivência¹⁹³ e a de alimentos¹⁹⁴ referentes à compartilhada (§ 3º, artigo 1.584), enunciados do Conselho de Justiça Federal da VII Jornada de direito civil elucidam possíveis impasses:

Enunciado 605 do Conselho de Justiça Federal da VII Jornada de Direito Civil: a guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência.

Enunciado 603 do Conselho de Justiça Federal da VII Jornada de Direito Civil: a distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente o melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição do tempo matematicamente igualitário entre os pais.

Enunciado 604 do Conselho de Justiça Federal da VII Jornada de Direito Civil: a divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2º do art. 1.583 do Código Civil não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho.

Enunciado 606 do Conselho de Justiça Federal da VII Jornada de Direito Civil: o tempo de convívio com os filhos, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um.

Enunciado 607 do Conselho de Justiça Federal da VII Jornada de Direito Civil: a guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia.

Outro ponto a ser levantado é a viabilidade da guarda conjunta a pais que residem em locais diferentes ou longínquos, o que dificultaria o compartilhamento. Delimitam essa controvérsia doutrinária Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁹⁵:

Os defensores do cabimento da guarda compartilhada à distância sustentam que, através do uso de instrumentos tecnológicos, como as redes sociais (whatsApp, Instagram etc.) e os meios de videotransmissão on-line (Facetime, Skype), seria possível ao genitor que reside em outra cidade, estado, ou mesmo em outro país, se manter participativo da vida cotidiana de seu filho, orientando a vida escolar, a saúde e, até mesmo, a vida afetiva.

¹⁹³ Maria Berenice, citando Silvio Baptista, explica que “o direito de convivência [...] reforça os vínculos paterno e materno-filial. Trata-se de um direito de personalidade, na categoria do direito à liberdade, pelo qual o indivíduo, no seu exercício, recebe as pessoas com quem quer conviver. BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda Compartilha**. Recife: Bagaço, 2008, 46. apud. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 532.

¹⁹⁴ Maria Berenice explicita que “a concessão da guarda compartilhada não subtrai a obrigação alimentar do genitor que tem melhor situação financeira, pois o filho merece desfrutar de condição de vida semelhante na residência de ambos”. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 530.

¹⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 716.

Em margem oposta, sustenta-se que o compartilhamento dependeria de efetiva convivência entre os pais, não podendo se materializar em distâncias físicas consideráveis. Em casos tais, o que se caracterizaria, em última análise, seria o próprio exercício do poder familiar em uma guarda unilateral, com direito de visitação regulamentado, sem uma concretização do compartilhamento da guarda.

Paulo Lobo e Conrado Paulino são defensores da primeira tese, atrelada ao mundo virtual. Este argumenta no sentido de que “os avanços da tecnologia permitiram [...] que distâncias fossem abreviadas e, em uma era de comunicação instantânea, a participação na decisão na vida dos filhos mesmo à distância mostra-se plenamente possível (pelo menos) em famílias de classe média”¹⁹⁶. Aquele¹⁹⁷, no sentido de que:

Não há impedimento para a guarda compartilhada o fato de os pais residirem em cidades ou mesmo países distintos. A atual tecnologia da informação permite o contato virtual instantâneo [...]. Essa comunicação fluente e permanente, sem rigidez de horários, contribui muito mais para a formação afetiva e cognitiva da criança do que os episódicos períodos de visitas.

Por outro lado, Rafael Madaleno e Rolf Madaleno apud Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald se posicionam no sentido de que¹⁹⁸:

Não pode passar despercebido o fato de que distâncias muito grandes de uma residência para a outra implicam em longos e desgastantes percursos que cansam e entediam os filhos, os quais podem facilmente enfadar deste esforço suplementar, sendo certo que muitos pais ignoram este empenho e sacrifício adicional do filho e ainda projetam por estarem fisicamente descansados uma série complementar de atividades sociais e de lazer.

Conrado Paulino¹⁹⁹ também ressalta a importância da convivência que a guarda compartilhada busca, inclusive, durante a fase de amamentação:

Será possível tal aplicação, sem a necessidade de acompanhamento da genitora. Mesmo enquanto lactante é imprescindível que o genitor, quando não for o detentor da custódia física, tenha o direito estabelecido. [...]. É possível que o pai passe dois turnos com o filho em um ou ambos os dias dos finais de semana, além de turnos no decorrer dos dias úteis.

¹⁹⁶ ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 94.

¹⁹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 201.

¹⁹⁸ MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada**: física e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 199 apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 717.

¹⁹⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 90-91.

Por sua vez, Paulo Lobo²⁰⁰ reafirma a conveniência da mediação e do trabalho da equipe disciplinar que assessora o juiz, para se chegar a uma melhor solução possível da disputa custodial:

Para o sucesso da guarda compartilhada é necessário o trabalho conjunto do juiz e das equipes multidisciplinares das Varas de Família, para o convencimento dos pais e para a superação de seus conflitos.

O uso da mediação é valioso para o bom resultado da guarda compartilhada, como tem demonstrado sua aplicação no Brasil e no estrangeiro. Na mediação familiar exitosa, os pais, em sessões sucessivas com o mediador, alcançam um grau satisfatório de consenso acerca do modo como exercitarão em conjunto a guarda.

Nesse mesmo sentido, opina Conrado Paulino²⁰¹:

A atuação conjunta do Direito com o Serviço Social e a Psicologia, via perícia ou mediação de conflitos, faz com que ganhem todos os envolvidos e, principalmente, as crianças e os adolescentes, uma vez que se reduzem, significativamente, as chances de esses filhos tornarem-se instrumentos de contenda em uma tentativa frustrada de compensar os traumas sentimentais com disputas judiciais.

Por sua vez, Gustavo Ferraz e Maria Luiza Campos, citados por Maria Berenice Dias, são adeptos desse posicionamento de ambos os autores supracitados²⁰²:

Em face do estado conflituoso em que se encontram os pais [...], a maneira de o juiz desincumbir-se desse delicado dever é socorrer-se de profissionais de outras áreas (CC 1.584 § 3º). Afinal, a escuta do *quantum* de afeto dirigido a cada pai e a leitura dos indícios das relações estabelecidas pela criança com cada um deles nem sempre podem ser feitas por operadores do direito.

A autora também faz menção à Recomendação 50/14 expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, “para que, nas ações de guarda, divórcio e ações paralelas, os juízes, ao despacharem a petição inicial, sugiram às partes que participem de Oficina de Pais e Mães, disponibilizada online”. E ainda salienta que “ao definir a guarda, pode o juiz impor não só à criança, mas também aos genitores e aos integrantes da entidade familiar, tratamento psicológico ou psiquiátrico (ECA 129, III e IV).”²⁰³

²⁰⁰ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 201e 202.

²⁰¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 101.

²⁰² MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos; CAMPOS, Maria Luiza de Ferraz. **O direito de audição de crianças e jovens em processo de regulação do exercício do poder familiar**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, 2005, p. 14 apud DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 897-898.

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 898-899.

Contudo, demais de tudo o que foi apresentado, evidencia-se ainda hoje que a divisão histórica de papéis entre mães e pais se faz ainda presente, conforme dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: as mães são as principais responsáveis pela guarda dos filhos no pós-divórcio. A cerca de 109.700 mulheres foi concedida a guarda unilateral, contrapondo-se a um número superinferior de aproximadamente 7.500 pais vitoriosos quanto à guarda exclusiva²⁰⁴. Justificando esse embasamento estatístico, posiciona-se Conrado Paulino²⁰⁵:

A prática dos Tribunais, ainda refratária às alterações legislativas apresentadas pelas leis nº 11.698/2008 e nº 13.058/2014 denotam que tanto as partes, seus representantes, os Promotores e os Juízes encontram-se presos a uma lógica ultrapassada, invariavelmente limitada ao senso comum. Ou seja, o senso comum dos juristas é um conglomerado de opiniões, ficções, hábitos, estereótipos que governam e disciplinam a produção social, uma vez que se reproduz colado às trajetórias e às experiências de vida deles e nessa correspondência se firma fiável e securizante.

Nesse sentido, também discorre Waldyr Grisard ao declarar que essa presunção de a genitora ser a melhor opção à criação da prole (isso faz mais sentido nos primeiros anos de vida da criança, na época da amamentação) está pautada em um “fundamento psicofisiológico ao estimar que, invariavelmente, a mãe se encontra em posição mais adequada para criar e educar seus filhos”²⁰⁶. Rodrigo da Cunha Pereira²⁰⁷ vai além:

Não existe esse amor materno natural, responsável pela suposta superioridade da mulher para criar os filhos. Ele é da ordem cultural e, sendo assim, homens e mulheres têm a mesma capacidade para criar e educar filhos. E é essa cultura que está mudando e que nos remete a uma nova concepção sobre educação de filhos, e que o ordenamento jurídico precisa alcançar. Entender isso significa tirar os filhos de lugar de objeto, de moeda de troca do fim da conjugalidade, e transformá-los em sujeitos de direito. Somente assim o princípio constitucional do melhor interesse da criança estará sendo levado a sério e instalando uma nova cultura parental em benefício dos filhos.

No mais, vale a ressalva de que, por mais que a guarda unilateral seja a predileção judiciária, a compartilhada vem apresentando crescimentos consideráveis (de 2014 a 2017

²⁰⁴ Dados estatísticos disponíveis em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22866-casamentos-duram-em-media-14-anos-no-brasil>>. Acesso em: 22 de nov. 2018.

²⁰⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 148.

²⁰⁶ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: quem melhor para decidir a respeito? Disponível em: <http://www.pailegal.net/index.php/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/371-guarda-compartilhada-quem-melhor-para-decidir-a-respeito->. Acesso em: 23 de nov. 2018.

²⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Guarda Compartilha**: o filho não é de um nem do outro, é de ambos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos>. Acesso em: 23 de nov. 2018.

houve triplicação de sua concessão: das 11.040 concessões em 2014, passaram para 33.024 em 2017) ao longo dos anos²⁰⁸. O que já se pode considerar como uma “vitória em andamento” em prol da criança e do adolescente: dois é melhor que um! Explica Denise Maria Peressini²⁰⁹:

É muito melhor para a criança conviver com o conflito durante algum tempo do que se perder a presença amorosa de um pai ou uma mãe. O enfraquecimento do lado afetivo entre pais e filhos causa graves traumas às crianças [...]. Ademais, algum nível de conflito é natural nas relações humanas e acontece diante dos filhos mesmo entre casais não separados.

A guarda compartilhada induz à pacificação do conflito porque, com o tempo, os ânimos “esfriam” e os genitores percebem que não adianta confrontar alguém de poder igual. O equilíbrio de poder torna mais conveniente o entendimento entre as partes.

Assim, só o equilíbrio de poder estabelecido pela guarda compartilhada pode, com o tempo, pacificar eventual conflito renitente entre o ex-casal, por torná-lo desvantajoso para ambas as partes. [...]

Crianças precisam igualmente de pai e mãe, toda a ciência contemporânea comprova isso[...].

Os Tribunais brasileiros vêm entendendo pela aplicação da guarda compartilhada mesmo quando os pais estão brigando. Isso porque existe a ideia de que o litígio só agrava a imaturidade dos pais. No momento em que os pais estão sob o sistema da guarda compartilhada, terão de se conscientizar de que não poderão mais discutir por divergências pessoais, e terão de resolver as questões pertinentes ao (s) filho(s) comum (ns) objetivamente, sozinhos ou com o auxílio profissional (psicólogo, mediador, pessoa de confiança).

Nesse sentido, também se posiciona Conrado Paulino²¹⁰:

Partindo-se do pressuposto de que a guarda é compartilhada e, por outro lado, a unilateralidade enquanto exceção, todo aquele que buscar o Judiciário com a ideia de que seus propósitos (muitas vezes egoísticos) sejam atendidos terá, com a imposição do compartilhamento, a modulação de seu comportamento e, por consequência, estaremos por construir um novo modelo parental a ser introjetado na cultura brasileira.

Dessa maneira, entende o supracitado autor ser necessária a aplicação coativa da guarda compartilhada – mesmo diante de uma visão adultocentrista egoística de conflito - justamente “como meio eficaz de efetivação do princípio do melhor interesse da criança e do

²⁰⁸ Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/concessao-de-guarda-compartilhada-triplica-em-tres-anos-diz-ibge-31102018>. Acesso em 27 de nov. 2018.

²⁰⁹ SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e a Síndrome da Alienação Parental**: o que é isso? São Paulo: Armazém do Ipê, 2009. p. 6 e 7.

²¹⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 157.

adolescente”, resguardando, assim, os direitos fundamentais dos filhos nas rupturas afetivas.²¹¹

Sustenta Denise Maria Perissini²¹² que:

Ocorre que o mais importante é a relação da criança com seus pais, e não a relação entre o ex-casal, pois as desavenças não permitirão que nenhum tipo de guarda funcione. [...].

Quando não há entendimento entre os pais, nenhum sistema de guarda “funciona bem”.

Igualmente, defende Waldyr Grisard²¹³ que:

Não é o litígio que impede a guarda compartilhada, mas o empenho em litigar, que corrói gradativa e impiedosamente a possibilidade de diálogo e que deve ser impedida, pois diante dele nenhuma modalidade de guarda será adequada ou conveniente.

Por fim, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald afirmam com veemência que o melhor interesse da criança e do adolescente é o fundamento da guarda compartilhada²¹⁴. Esta, inclusive, será possível “ainda que se trate de uma demanda litigiosa (divórcio litigioso, dissolução de união estável litigiosa, guarda litigiosa de filhos etc)”, pois, “a inteligência do § 2º do art. 1584 do Código Reale é de clareza meridiana. A regra é clara!”.²¹⁵

²¹¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 150.

²¹² SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e a Síndrome da Alienação Parental**: o que é isso? São Paulo: Armazém do Ipê, 2009. p. 3 e 4.

²¹³ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 205.

²¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 712.

²¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 712 e 713.

CONCLUSÃO

A persecução de como se desenvolveu o instituto da guarda parental, no ordenamento jurídico brasileiro, permitiu o delineamento deste trabalho em três capítulos sequenciados estrategicamente para uma melhor busca quanto ao seu resultado. Consequentemente, o querer investigativo mais detalhado, na medida do possível, limitando-me à posição de graduanda, direcionou-me principalmente à emblemática imposição da guarda compartilhada a partir da Lei nº 13.058/2014.

Isso instigou-me a uma constante pesquisa custodial-bibliográfica para obter dados estatísticos, referências e posicionamentos doutrinários - os quais, muitas vezes, demonstraram-se divergentes. Pesquisas jurisprudenciais, embora não citadas diretamente, também serviram - e muito! - para o meu posicionamento conclusivo e melhor compreensão quanto a este tema, que, em minha opinião, tornou-se extremamente interessante e marcante, diga-se de passagem. Afinal, remeteu-me à minha infância, marcada, em parte, pela separação dos meus pais, o que, inicialmente, trouxe-me muita tristeza e mudança de comportamento perceptível (de uma criança feliz e extrovertida, passei à introversão). Felizmente, essa situação se deu apenas nos primeiros meses da dissolução, que transcorreu da melhor maneira possível, sem nem mesmo a necessidade de ida ao judiciário.

A partir do exposto, far-se-á o destacamento de como se sucedeu o trabalho acadêmico.

Primeiramente, deve-se ter em mente que crianças e adolescentes são pessoas em formação, que precisam de amparo para se desenvolverem, enquanto indivíduos, nos campos intelectual, afetivo, moral e social. E ainda, é necessária a devida proteção de sua integridade física e da saúde, seja ela moral ou social. Por isso a suma importância de estarem sob a guarda, companhia (conviver junto com o filho, mesmo sem ter a guarda) e afeto dos pais, independentemente da relação jurídica destes (casados, divorciados ou solteiros, que nunca nem viveram juntos). O que leva a entender que da maxização infantojuvenil advém a otimização social. Isso porque o bom desenvolvimento infantojuvenil impactará diretamente nos adultos que eles vão se tornar: as crianças de hoje são os adultos de amanhã.

No primeiro capítulo, foi realizado um estudo sobre o que venha a ser o princípio do melhor interesse da criança e adolescente, pois é a partir dele que se compreende legalmente o porquê da obrigatoriedade da guarda compartilhada em demandas conflituosas. Inclusive, verificou-se que, por ele, a guarda também poderá ser deferida a um terceiro, caso o juiz entenda ser o melhor para a prole.

Para tanto, foi apresentada sua origem histórica e as tentativas conceituais pelos doutrinadores e juristas; a quebra de paradigma social tornando as crianças e os adolescentes sujeitos de direito; e, por fim, foi demonstrado que tanto a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse têm o mesmo significado material. Assim, ambos são interpretados conjuntamente sempre quando houver questões decisórias, tanto socialmente, administrativamente, politicamente e, principalmente, judiciárias, em que os envolvam.

Dessa maneira, desse capítulo extraiu-se que, por serem pessoas em pleno desenvolvimento, crianças e adolescentes, como sujeitos de direito, têm seus interesses hipervalorizados. E isso é consequência da adoção da doutrina/princípio da proteção integral e do princípio do melhor interesse, que devem ser perceptíveis e materializados a cada caso factual. Por esta constatação, entende-se também o motivo de não haver delimitação precisa quanto ao significado do “melhor interesse”, sendo, portanto, um conceito vago, que se materializa a cada litigiosidade de guarda, servindo de norte à decisão do conflito.

Já, no segundo capítulo, discorreu-se sobre o poder familiar, a partir de sua origem (o pátrio poder romano e grego), a fim de se compreender o porquê da existência de uma sociedade patriarcal, conservadora e machista, na qual mulheres e crianças eram subordinadas ao marido/pai e consideradas incapazes, em um primeiro momento. E o porquê da mudança do *nomem juris* para poder familiar (a doutrina não é totalmente adepta a essa nomenclatura, adotando, por exemplo, a expressão autoridade parental), em 2002, representando a ruptura dessa sociedade arcaica, mesmo que progressivamente.

Esse capítulo também discorreu sobre o significado da autoridade parental atrelado às suas atribuições no âmbito familiar, dentre elas, destaca-se a guarda parental, sendo um dever de ambos os pais, independentemente de conviverem juntos ou não. Pois, como defendido, é um atributo que decorre da parentalidade e não da conjugalidade. Por isso, inclusive, mesmo

nos deferimentos da guarda unilateral, o genitor não guardião pode questionar judicialmente as decisões tomadas pelo guardião.

Por fim, no terceiro capítulo, primeiramente, fez-se um panorama histórico-jurídico da guarda no Brasil, a partir da ideia do pátrio poder português, influenciado, principalmente, pelo romano, presente durante séculos no direito pátrio brasileiro, que, até o Código Civil de 1916, fundamentava-se nos direitos das ordenações filipinas. Inclusive, informou-se que a primeira legislação brasileira referente à guarda era de 1890, deferida ao cônjuge inocente após os três anos de idade da criança (até essa idade, à mãe cabia o direito de guarda, independentemente de culpa ou não pela separação). Esse fato revela que, desde as primeiras legislações brasileiras de Direito de Família, a cultura da divisão de papéis entre os ascendentes era regulamentada juridicamente e aceita socialmente (às mães, os filhos; aos pais, o sustento). Situação essa que, aparentemente, mudaria após a Constituição Federal de 1988, mas não é bem assim que nosso judiciário vem atuando.

Em seguida, apresentou-se o instituto da guarda propriamente dito (conceitos, características e tipos), acentuando o trabalho da equipe interdisciplinar que assessora o magistrado (a criança pode, inclusive, ser ouvida) e a adoção da mediação (sessões de mediação, se for necessário) para tentativa de solucionar dissensos parentais a partir de atitudes autônomas, conscientes e responsáveis dos próprios pais. Informou-se também que, por não ser um instituto imutável, a guarda poder ser revisada a qualquer momento, sempre em prol dos filhos.

Por último, finalizando o presente trabalho, discorreu-se especificamente sobre o conceito da guarda compartilhada e suas peculiaridades, demonstrando-se que, de fato, ela não pressupõe consenso entre os genitores. Partindo desse ponto, foram feitos alguns esclarecimentos quanto a algumas questões que geram certas dúvidas, como o direito a alimentos que independe do tipo de guarda deferida; de o genitor, mesmo na fase de amamentação, conviver com o bebê, sem depender do acompanhamento da mãe; a possibilidade de ela ser deferida a pais que morem distantes, o que inclui países diferentes, graças ao avanço cibernético (mais vale um/a ascendente presente virtualmente do que fisicamente presente, mas afetivamente ausente.); apresentação de um plano de convivência detalhado pelos pais (ou o próprio juiz pode determinar as cláusulas de convivência,

delineando as atribuições de cada responsável). Salientou-se também a necessidade de acompanhamento psicológico e psiquiátrico tanto para os descendentes como para os ascendentes durante e após o processo judicial e a participação em Oficinas de Pais e Mães online. Ressalta-se que todas as medidas adotadas são baseadas no melhor interesse, sempre!

Apesar da promulgação da Lei nº 13.058/2014, observa-se que, atualmente, tanto doutrinariamente como jurisprudencialmente, a mentalidade dos operadores do Direito ainda resguarda resquícios da tradicional e desigual divisão de papéis, afastando a realidade de que, sem dúvida, ambos os pais são essenciais para o desenvolver da identidade dos filhos. Isso porque entendem que, em havendo discórdia quanto à guarda, não se tem como impor a compartilhada e, por conseguinte, concedem a exclusiva, preponderantemente, à mãe. Detalhe: nem a psicologia contemporânea afirma haver essa necessária predileção dada à genitora pelo fato de ser essa “aptidão superior materna” fruto da própria sociedade.

Ressalta-se que, partindo dessa premissa de conflito parental, pela qual se baseiam os magistrados, a guarda então não deveria sequer ser deferida aos genitores conflitantes, mas sim a um terceiro com quem o descendente tenha vínculo afetivo (e isso é legalmente previsto!). Seria a opção mais lógica e viável. Essa é a conclusão a que chego diante dessa visão corrompida do judiciário.

Contudo, indo de encontro a esse posicionamento, entendo que o motivo de não deferimento da guarda conjunta simplesmente porque há litigiosidade não é razoável para afastá-la. Afinal, não teria como nenhuma modalidade de guarda parental vingar diante desse impasse custodial. Somente deverá haver seu afastamento quando assim direcionar o princípio do melhor interesse, o que resultaria na concessão da guarda unilateral, por exemplo. Recomenda-se, portanto, conforme indicado anteriormente, o acompanhamento psicológico e psiquiátrico aos pais conflitantes para que resolvam, em prol de seus filhos, suas desavenças da melhor maneira possível.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

AMARAL, Francisco. **Introdução ao direito romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, Sub-Reitoria de Ensino e Graduação e Corpo Discente. 2011.

AMIN, Andréa Rodrigues. “**Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente**”. In: Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos (Coord: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARBOZA, Heloisa Helena. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/ img/congressos/anais/69.pdf#page=215](http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215). Acesso em: 27 set. 2018.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 7ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

BRASIL. Projeto de Lei n. 1.009-B-2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2A13065B381DA5F85903D0B8BB6BF11E.node1?codteor=1164055&filename=Avulso+-PL+1009/2011. Acesso em: 26 nov. 2018.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito**: geral e Brasil. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: família e sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 33-35.

COSTA, Ana Paula Motta; PAIXÃO, Rodrigo Freitas. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/08/Costa-e-Paix%C3%A3o-civilistica.com-a.6.n.1.2017.pdf> . Acesso em: 10 de nov. 2018.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf> Acesso em: 7 de nov. de 2018.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CZAPSKI, Aurélia Lizete de Barros. **Artigos 1.511 a 1.590**. In: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da (org.); CHINELLATO, Silmara Juny (coord.). **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 10. ed. Barueri: Manole, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____ **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, vol. 5: Direito de Família. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____ **Guarda:** novas diretrizes, vol. 3 Disponível em: <https://direitocivilcontemporaneo.academia.edu/REVISTADEDIREITOCIVILCONTEMPOR%C3%82NEORDCC>. Acesso em: 22 de nov. 2018.

Dados estatísticos disponíveis em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/22866-casamentos-duram-em-media-14-anos-no-brasil>>. Acesso em: 22 de nov. 2018.

Enunciado 335 da IV Jornada de Direito Civil: “a guarda compartilhada deve ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação por equipe interdisciplinar”. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/358>. Acesso em: 27 nov. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** famílias. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio.** 6. ed. Curitiba: Editora Positivo. Disponível em: www.direitonet.com.br . Acesso em: 16 de out. de 2018.

FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Direito Civil:** família e sucessões. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GARCEZ, Christianne. **Direito de Família e das Sucessões.** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 124-125.

GIORDANO, Mário Curtis. **Iniciação ao Direito Romano.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.p. 22-23.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses jurídicas,** vol. 2: direito de família. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**: quem melhor para decidir a respeito? Disponível em: <http://www.pailegal.net/index.php/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/371-guarda-compartilhada-quem-melhor-para-decidir-a-respeito->. Acesso em: 21 de nov. 2018.

_____. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: doutrina e jurisprudência. 19. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

LAMENZA, Francismar. In. MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.); Chinellato, Silmara Juny. **Código Civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 10. ed. Barueri: Manole, 2017.

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

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**: a necessária efetivação dos direitos fundamentais. 5. ed. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2012.

LOBO, Alberto Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**: história, sujeito e objeto do direito. Vol 78. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

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

_____. **Direito Civil**: famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LORENZI, Gisella Werneck. **Uma breve história dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**. Disponível em: <http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalho infantil/noticia/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil/>. Acesso em: 15 out. 2018.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. **Guarda Compartilhada**: física e jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 199 apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Direito de Família. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. atual. por ALVES, Vilson Rodrigues. Campinas: Bookseller. 2001.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A proteção da criança no cenário internacional**. São Paulo: Del Rey, 2005.

MONTEIRO, Whashington de Barros. Disponível em [https://www.academia.edu/32206746/Washington de Barros Monteiro Vol. 2 Curso de Direito Civil. DIREITO DE FAM%C3%8DLIA 42a ed 1](https://www.academia.edu/32206746/Washington_de_Barros_Monteiro_Vol.2_Curso_de_Direito_Civil_DIREITO_DE_FAM%C3%8DLIA_42a_ed_1) . Acesso em: 12 de nov. de 2018.

MOURA, Mário Aguiar. **Guarda de filho menor**. In: Ajuris, n. 19. Porto Alegre, jul. 1980.

MOUZALAS, Rinaldo; NETO, João Otávio Terceiro; MADRUGA, Eduardo. **Processo Civil**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, vol. 5: direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 1. ed. São Paulo: Gen, 2014.

NÜSKE, João Pedro Fahrion. **Guarda Compartilhada: o lugar dos pais no desenvolvimento psíquico dos filhos**. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/infancia/arquivos/revista_digital/numero_11/aritgo_jpedro.pdf Acesso em: 9 de nov. 2018.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Imagem Virtual, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Guarda Compartilha**: o filho não é de um nem do outro, é de ambos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/processo-familiar-guarda-compartilhada-filho-nao-ou-outro-ambos>. Acesso em: 23 de nov. 2018.

PEREIRA Tânia da Silva. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança**: Da Teoria à Prática. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/69.pdf#page=215>. Acesso em: 27 set. 2018.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**: de acordo com a lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e guarda compartilhada**: novos paradigmas do direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCHA, José Virgílio Castelo Branco. **O Pátrio Poder**. São Paulo: Leud, 1978.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: JusPodivm, 2018.

SANTA MARIA, José Serpa de. **Curso de Direito Civil**: direito de família. vol. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal junvenil. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e a Síndrome da Alienação Parental**: o que é isso? 1. ed. São Paulo: Armazém do Ipê, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. Ed. São Paulo: Método, 2017.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil**, vol. 5: direito de família. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito Civil**, vol. 5: direito de família. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry; RODRIGUES, Walkíria Machado. **Infância e adolescência**, o conflito com a lei: algumas discussões. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

VIANA, Marco Aurélio de Sá. **Curso de Direito Civil**: direito de família. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.