



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

LARISSA NICOLINO DA SILVA SOBREIRA

**GUARDA COMPARTILHADA E OS JULGADOS DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

BRASÍLIA

2017

LARISSA NICOLINO DA SILVA SOBREIRA

**GUARDA COMPARTILHADA E OS JULGADOS DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientadora: Renata Malta Vilas-Bôas

BRASÍLIA

2017

LARISSA NICOLINO DA SILVA SOBREIRA

GUARDA COMPARTILHADA E OS JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientadora: Renata Malta Vilas-Bôas

Brasília, de de 2017.

Banca Examinadora

Prof^a. Renata Malta Vilas-Bôas
Orientadora

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

AGRADECIMENTO

Primeiro a Deus, autor da vida, dono de toda ciência e sabedoria.

Meu esposo, por todo incentivo, paciência e amor dedicados.

Meus pais, paizinho e mãezinha, pelos exemplos de vida.

Minha irmã Ludimila, que é inspiração para minha atuação no Direito.

Meu cunhado Felipe e meu sobrinho Enzo, vocês foram minha inspiração para escolha do tema. São exemplos de como a guarda compartilhada se mostra a melhor opção para pais, filhos e toda a parentela envolvida.

Professora Renata Malta Vilas-Bôas, por sua militância no Direito de Família e inspiração para seus alunos.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o instituto da guarda compartilhada e, sua aplicação prática nos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça. Para a melhor compreensão do instituto, que se tornou regra no ordenamento jurídico brasileiro depois da Lei nº 13.058/2014, denominada Lei de Igualdade Parental, vamos analisar o Direito de Família no que se faz necessário para o entendimento da guarda compartilhada. Primeiramente foi analisado o Direito de Família, em uma breve evolução histórica e os princípios que fundamentam esse ramo do Direito. Posteriormente os conceitos de autoridade parental e as espécies de guarda existentes foram trazidas ao trabalho. Por derradeiro a Lei da Igualdade Parental foi analisada de forma a apresentar as alterações que produziu no Código Civil e conseqüentemente as relações familiares, especialmente nos julgados que o Superior Tribunal de Justiça tem proferido sobre a possibilidade de concessão do compartilhamento da guarda quando não houver consenso entre os genitores.

Palavra-chave: Melhor interesse da criança e do adolescente. Autoridade parental. Guarda compartilhada. Consenso entre os genitores.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DIREITO DE FAMÍLIA	9
1.1 Evolução Histórica	9
1.2 Natureza Jurídica	11
1.3 Princípios do Direito de Família	12
1.3.1 Dignidade da pessoa humana	13
1.3.2 Solidariedade familiar	14
1.3.3 Igualdade	16
1.3.4 Liberdade	17
1.3.5 Afetividade	19
1.3.6 Convivência familiar	20
1.3.7 Proteção integral da criança e do adolescente	21
1.3.8 Melhor interesse da criança e do adolescente	22
2. GUARDA DE FILHOS	27
2.1 Conceito de Autoridade Parental	27
2.2 Espécies de Guarda no Código Civil	35
2.2.1 Guarda Unilateral	37
2.2.2 Guarda Compartilhada	39
2.3 Outras espécies de Guarda	43
2.3.1 Guarda Nidal	43
2.3.2 Guarda Alternada	44
2.3.3 Guarda decorrente do Estatuto da Criança e do Adolescente	45
3. ATRIBUIÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA	49
3.1 Análise da Lei de Igualdade Parental (Lei nº 13.058/2014)	50
3.2 Divergência Jurisprudencial no STJ e análise dos julgados	56
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto da guarda compartilhada e alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema. O instituto foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei nº 11.698/2008 e posteriormente a Lei nº 13.058/2014 - Lei de Igualdade Parental, que trouxe alterações à aplicação do compartilhamento.

A pesquisa foi elaborada com o auxílio da doutrina, jurisprudência e legislações correlatas. Evidente que o assunto não foi esgotado nas páginas que se seguem, mas visa demonstrar que a guarda compartilhada ainda não goza de unanimidade em sua aplicação no caso concreto.

O primeiro capítulo aborda temas que permitem compreender melhor o Direito de Família, com uma breve evolução histórica e a análise dos princípios aplicados neste ramo do Direito. A família ocupa um papel importantíssimo em nossa sociedade, desde os tempos mais remotos, neste sentido, a Constituição Federal de 1988 elenca princípios que devem ser observados.

A doutrina e a jurisprudência, também reconhecem a aplicabilidade de outros princípios igualmente importantes para a família contemporânea. Entende-los permite compreender melhor as legislações vigentes e sua aplicação no âmbito do Direito de Família.

O segundo momento do trabalho se detém ao estudo da guarda de filhos, nas suas diferentes espécies. Aborda-se a guarda compartilhada, a unilateral, a nidal, a alternada e a guarda como uma decorrência de medida prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O conceito de autoridade parental também é exposto, levando em consideração sua evolução histórica, que vai desde uma mudança na nomenclatura, até uma total alteração no seu conteúdo. O instituto em sua origem tinha conotação de domínio, mas atualmente representa um conjunto de deveres e obrigações que os pais devem ter para com seus filhos.

O terceiro capítulo versa sobre a Lei de Igualdade Parental (Lei nº 13.058/2014), que possibilita uma melhor compreensão da guarda compartilhada, que

muitas vezes foi confundida com a guarda alternada, por falta de conhecimento dos operadores do Direito.

Finalmente, passa-se a uma breve análise de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre a guarda compartilhada e sua aplicação nos casos em que não há consenso entre os genitores, o que evidencia as divergências entre a fixação ou não do compartilhamento, segundo o olhar do STJ.

O trabalho visa demonstrar a importância que a guarda compartilhada possui para a efetiva aplicação do melhor interesse da criança e do adolescente, inclusive por cuidar que o exercício da autoridade parental não fique prejudicado pelas desavenças existentes entre os genitores, já que a proteção deve recair sobre os filhos.

A guarda compartilhada representa uma mudança de paradigma na sociedade contemporânea, por oportunizar que o menor conviva com ambos os genitores, os quais partilham as decisões de interesse para a criação e educação dos filhos, sendo o modelo, a regra aplicável a todos os casos, salvo o desinteresse de um dos pais ou a impossibilidade do exercício da autoridade parental. A guarda compartilhada representa a melhor forma de manutenção dos laços familiares, por isso, a discussão sobre sua aplicabilidade é sempre necessária e relevante na sociedade.

1. DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família para sua melhor compreensão deve ser analisado sob o enfoque da Constituição Federal de 1988, especialmente com os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar, da igualdade, da liberdade, da afetividade, da convivência familiar, da proteção integral da criança e do adolescente e do melhor interesse da criança e do adolescente. O entendimento desses princípios facilita toda a compreensão sobre os institutos de guarda que serão analisados ao longo do trabalho.

1.1 Evolução Histórica

A família é o elemento primeiro na história dos agrupamentos humanos, pois todos os demais são derivados dela¹, por este motivo, sofreu inúmeras alterações conceituais ao longo da história e até hoje é difícil conceituar tal instituto.

A estruturação da família ocidental tem como referência o Direito Romano, baseado em um sistema patriarcal. Em Roma, a organização familiar era pautada sob o princípio da autoridade, além de ser unidade econômica, política e religiosa, comandada exclusivamente pelo *pater familias*². Pontes de Miranda (1955, apud RIZARDO, 2011) afirma que o termo família englobava o “conjunto de patrimônio e a totalidade dos escravos pertencentes a um senhor”³.

Pereira (2014) leciona que:

O *pater* era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos (*penates*) e distribuía justiça. Exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*), podia impor-lhes pena corporal, vendê-los, tirar-lhes a vida. A mulher vivia *in loco filiae*, totalmente subordinada à autoridade marital (*in manu mariti*), nunca adquirindo autonomia, pois passava da condição de filha à de esposa, sem alteração na sua capacidade; não tinha direitos próprios, era atingida por *capitis deminutio perpétua* que

¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 33.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 5. p. 30.

³ RIZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 10.

se justificava *propter sexus infirmitatem et ignorantiam retrum forensium*. Podia ser repudiada por ato unilateral do marido⁴.

A Igreja Católica tinha grande influência sobre a sociedade, especialmente sobre as relações familiares, pois o casamento religioso era o único aceito, sendo indissolúvel, e sua finalidade principal era a procriação⁵, esse modelo permaneceu por muitos anos. Corroborando com esse aspecto, tivemos o Código Civil de 1916, os artigos referentes ao Direito de Família se preocupavam basicamente com o casamento e o pátrio poder. O marido era responsável exclusivo pelo exercício do pátrio poder, exemplo claro, é que a mulher após o casamento tinha todos os atos da vida civil assistidos pelo esposo, o que a tornava relativamente incapaz, também não eram aceitos os filhos concebidos fora do casamento, sendo considerados como ilegítimos⁶.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito de Família passou a ser guiado por “valores sociais e humanizadores, especialmente a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a igualdade substancial”⁷. Fachin (1999, apud RAMOS, 2016) leciona que a Constituição promulgada em 1988 “estabeleceu a direção diárquica da família à luz da igualdade, contrapondo-se à direção unitária consagrada pelo Código Civil de 1916”⁸.

Farias e Rosenvald (2016) afirmam que o caput do art. 226 da CF/88 representa uma “cláusula geral de inclusão”, pois entende que todos os núcleos familiares que se formam são dignos de proteção do Estado, independentemente de casamento⁹.

Farias e Rosenvald (2016), conceituam o objeto mais atual do Direito de Família, que vem a ser a família eudemonista:

Tendente à felicidade individual de seus membros, a partir da convivência, permitindo que cada pessoa se realize, pessoal e

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 5. p. 31.

⁵ GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 32.

⁶ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 14.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 71.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 47. Apud RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 62.

⁹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 73.

profissionalmente, convertendo-se em seres socialmente úteis, não mais se confinando ao estreito espaço da sua própria família¹⁰.

Na mesma linha de pensamento, Dias (2011, p. 55) afirma que:

o eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito¹¹.

Conclui-se que a família contemporânea é fundada no afeto, na ética, na solidariedade entre seus membros e na busca da dignidade individual¹². É ambiente propício à realização pessoal e afetiva, e os interesses patrimoniais se tornaram secundários¹³.

1.2 Natureza Jurídica

O Direito de Família é ramo do Direito Privado, mesmo com a evidente proteção que a Constituição Federal de 1988 dá a família, não é possível afirmar que seja ramo do Direito Público.

Rizzardo (2011) afirma que a proximidade do Direito de Família com o direito público, não o torna efetivamente direito público, por não envolver uma relação direta entre o Estado e o cidadão. Entende que a proteção do Estado está em tutelar o instituto, mas não representa a responsabilidade direta do Estado¹⁴. Destaco ainda a posição de Pinto (1993), que menciona o fato do Direito de Família estar concentrado no “fenômeno humano, pessoal e afetivo”, a chamada “repersonalização”¹⁵. Dando ao direito de família um caráter personalíssimo, intransferível, intransmissível por herança, ou irrevogável e concentrado no indivíduo.

¹⁰ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 73.

¹¹ DIAS, Maria Berenice. Princípios do direito das famílias. In: DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 55.

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 73.

¹³ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.27.

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 6.

¹⁵ PINTO, Teresa Arruda Alvim, “Entidade familiar e casamento formal”, **Direito de Família – Aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: RT, vol. I, 1993, p. 2 apud RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 6.

Pereira (2014) também entende que o Direito de Família se enquadra como um Direito Privado e sua correta classificação está, exatamente, no Direito Civil¹⁶.

No mesmo caminho segue Lôbo (2010), afirmando que o Direito de Família é genuinamente um ramo do Direito Privado, pois ainda que haja a incidência de normas cogentes ou de ordem pública, os entes são privados.¹⁷

Farias e Rosendal (2016) enquadram o Direito de Família no Direito Privado, especificamente no Direito Civil, sendo que as relações familiares tratam de questões particulares e tutelam tanto interesses morais como materiais. As normas concernentes às relações familiares existenciais são de fato cogentes e de ordem pública, ainda assim, isso não torna o Direito de Família ramo do Direito Público. Consequentemente são “irrenunciáveis, intransmissíveis, inusucapíveis (imprescritível), inalienáveis, não decaindo, nem prescrevendo, e não admitindo termo ou condição”¹⁸.

Quanto à intervenção estatal nas questões familiares, o mais adequado é que só ocorra essa intervenção em questões referentes à proteção de crianças, adolescentes e idosos, por entender que estão mais expostos a eventuais desrespeitos as garantias mínimas e fundamentais estabelecidas por lei. Limitar a intervenção do Estado ou também chamado Direito das Famílias mínimo, significa preservar a autonomia privada no Direito de Família, permitindo que cada indivíduo busque alcançar seus objetivos pessoais e felicidade plena, o que já foi denominado anteriormente como família eudemonista¹⁹.

1.3 Princípios de Direito de Família

Desde os tempos mais remotos a família ocupa papel importante em nossa sociedade, tanto é verdade, que a Constituição Federal de 1988 no artigo 226, define a família como base da sociedade e lhe garante proteção estatal.

¹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, v. 5. p. 8.

¹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 46.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 47.

O texto original do Código Civil é anterior a Constituição Federal, mas diante da constitucionalização do Direito Civil o respeito ao princípio constitucional, da família como base da sociedade, é aplicado as relações jurídicas no âmbito familiar, mesmo sendo um ramo do Direito Privado. Os princípios elencados na Constituição Federal são considerados como direitos positivos, e além dos princípios explícitos na Carta Maior, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a existência de alguns princípios implícitos, sendo considerados igualmente importantes para o direito de família, pois não há hierarquia entre princípios constitucionais implícitos ou explícitos²⁰.

1.3.1 Princípio da Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é o princípio maior do Estado Democrático de Direito, decorre da promoção dos direitos humanos e da justiça social, segundo Dias (2011) a dignidade da pessoa humana representa o “valor nuclear da ordem constitucional”²¹. Da dignidade da pessoa humana derivam outros princípios, por exemplo, liberdade, autonomia privada, igualdade, solidariedade e outros²².

É exatamente no Direito de Família, que verificamos que o princípio da dignidade humana possui mais influência²³, pois o princípio não se prende somente ao indivíduo isoladamente, mas às suas relações sociais e familiares²⁴. O princípio possui um sentido de “solidarismo social”, significa dizer que o indivíduo não tem direito de abrir mão de sua dignidade, pois o respeito ao princípio interessa à sociedade como um todo²⁵. Sarlet (2005, apud TARTUCE, 2013) conceitua dignidade humana como “o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas”²⁶. Gagliano e Pamplona (2013) afirmam que o

²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Princípios do direito das famílias**. In: DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 61.

²¹ DIAS, Maria Berenice. **Princípios do direito das famílias**. In: DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 62.

²² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 68, Apud DIAS, 2011, p. 62.

²³ TARTUCE, Flávio. Direito de Família – Introdução. In: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo Método, 2013, v. 5. p. 6.

²⁴ LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. De acordo com a emenda constitucional 66/2010, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 62.

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família - As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 77.

²⁶ TARTUCE, Flávio. Direito de Família – Introdução. In: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo Método, 2013. v. 5. p. 6.

princípio “traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade”²⁷.

Kant (1986) fez uma distinção importante entre o que pode ser atribuído um preço e aquilo que possui dignidade e, conseqüentemente, não pode ser estimado em valores, ele afirma: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra equivalente; mas quando uma coisa não permite equivalente, então tem ela dignidade”²⁸. Nesse sentido, Lôbo (2011) vai dizer que existe violação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualquer situação que “coisifique a pessoa”²⁹.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana pelo direito constitucional colocou o indivíduo no centro do direito e proporcionou dignidade para todas as entidades familiares, permitiu ao indivíduo tanto a constituição de uma família como também a possibilidade de desfazer tal entidade familiar.

A dignidade da pessoa humana se relaciona com um dever de respeito aos seres humanos e esse respeito se exige também no ambiente familiar. Na antiguidade, havia a família patriarcal e o chefe da família era quem possuía todos os direitos, inclusive sobre a vida de sua mulher e filhos, a dignidade de cada um era diferenciada conforme o papel que ocupassem na família. Atualmente a dignidade da pessoa humana alcança todos os integrantes da entidade familiar³⁰.

1.3.2 Princípio da Solidariedade Familiar

A solidariedade é reconhecida de forma expressa na Constituição Federal, no artigo 3º, inciso I, ao estabelecer como objetivo fundamental da nação, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Conseqüentemente tal princípio se aplica às

²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito de Direito Civil: Direito de Família - As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 6. p. 50.

²⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: ed. 70, 1986, p. 77 Apud LÔBO, Paulo. Princípio do direito de família. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60.

²⁹ LÔBO, Paulo. Princípio do direito de família. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 60.

³⁰ LÔBO, Paulo. Princípio do direito de família. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

relações familiares e não se restringe a solidariedade patrimonial, mas também afetiva e psicológica, importa em respeito e consideração entre os membros de uma família³¹.

Tem origem em vínculos afetivos, além de possuir um conteúdo ético e, está diretamente ligada a fraternidade e a reciprocidade³². Outra visão do princípio se refere ao fato de ser responsabilidade de todos os integrantes da sociedade a busca pela solidariedade, retirando essa obrigação somente do poder público. A aplicação do princípio está diretamente relacionada ao fim do individualismo jurídico, fim da predominância dos interesses individuais sobre os direitos sociais³³.

Exemplos do princípio da solidariedade na Constituição Federal:

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

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida³⁴.

Exemplo de solidariedade no Estatuto da Criança e do Adolescente:

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 comunitária³⁵.

No Código Civil também existem exemplos do princípio da solidariedade:

Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo

³¹ TARTUCE, Flávio. Direito de Família – Introdução. In: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo Método, 2013. v. 5. p. 13.

³² DIAS, Maria Berenice. Princípios do direito das famílias. In: DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

³³ LÔBO, Paulo. Princípio do direito de família. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63.

³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

³⁵ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação³⁶.

O princípio da solidariedade demanda uma responsabilidade recíproca entre os entes familiares, envolvendo aspectos capazes de contribuir para o vínculo social sadio e integração entre todos os indivíduos que compõem uma determinada família.

1.3.3 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade contido na Carta Magna teve grande impacto no direito de família, pois mudou a concepção de diversos institutos e representou o fim do patriarcalismo existente em nossa sociedade, os maiores destaques são a igualdade entre homem e mulher, entre filhos e entre as entidades familiares existentes. Por exemplo, na filiação é vedado qualquer tipo de discriminação com relação aos filhos que não são fruto de um casamento e também quanto aos filhos adotivos³⁷. Em respeito ao mesmo princípio o casal é livre para decidir sobre o planejamento familiar, não podendo haver interferência de terceiros³⁸. A organização e a direção da família são pautadas pelo princípio da igualdade³⁹, pois os cônjuges possuem direitos e deveres⁴⁰ que são igualmente desenvolvidos.

³⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

³⁷ Artigo 227. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017. Artigo 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

³⁸ Artigo 1.565. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 67.

⁴⁰ Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

A igualdade está ligada a ideia de cidadania e conseqüentemente requer o respeito às diferenças⁴¹, tal princípio não possui aplicabilidade absoluta, é possível algum tipo de limitação a sua aplicação. Lôbo (2011) afirma:

“Não há qualquer fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização, mas são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre as demais, nem exigir da união estável as mesmas características do casamento, dada a natureza de livre constituição da primeira. Uma ordem democrática [incluindo a democratização da vida pessoal] não implica um processo genérico de ‘nivelar por baixo’, mas em vez disso promove a elaboração da individualidade”⁴²

Rui Barbosa (1961) já dizia: “tratar os iguais com desigualdade ou os desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade”⁴³. Nesse sentido é necessário que a lei considere todos iguais, mas sem deixar de lado as desigualdades que devem ser consideradas, isso significa dizer que a aplicação do princípio não é absoluta, permitindo limitações a sua aplicação, desde que não viole o núcleo central proposto⁴⁴.

O princípio da igualdade é de grande importância para o instituto da guarda compartilhada, pois o Código Civil diz que os cônjuges não devem ter preferência sobre a guarda dos filhos, antigamente, antes da aplicação desse princípio, não era assim, em caso de separação dos cônjuges, a guarda do filho era direcionada para a mãe de forma automática, nesse sentido, a guarda compartilhada é a melhor expressão do princípio, pois é atribuída aos genitores de forma igualitária.

1.3.4 Princípio da Liberdade

A liberdade e a igualdade fazem parte da primeira geração de direitos que buscavam garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. No direito de família

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito de Direito Civil: Direito de Família 6, As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87.

⁴² LÔBO, Paulo. Princípio do direito de família. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

⁴³ BARBOSA, Rui. **Oração dos moços**. Rio de Janeiro: Elos, 1961, apud DIAS, Maria Berenice. Princípios do direito das famílias. In: DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 65.

⁴⁴ LÔBO, Paulo. Princípio do direito de família. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

esse princípio tem ganhado bastante destaque e tem mudando paradigmas antigos, podemos afirmar que todos têm a liberdade de escolher seus parceiros, bem como o tipo de entidade familiar que deseja constituir, além de permitir a liberdade de cada membro da família em relação aos demais parentes⁴⁵.

Tal princípio é responsável por uma nova visão familiar, a autoridade parental deve ser vista sob a ótica dos laços de solidariedade entre pais e filhos, igualdade entre cônjuges no exercício do poder familiar, que se volta conseqüentemente ao melhor interesse dos filhos. Proporciona a liberdade de se dissolver o casamento e a extinção da união estável.

O princípio da liberdade também pode ser chamado de princípio da não intervenção⁴⁶ e, pode ser pautado no artigo 1.513 do Código Civil que diz: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”⁴⁷. A aplicação do artigo citado não impede que o Estado promova campanhas de incentivo ao controle da natalidade e o planejamento familiar⁴⁸.

A liberdade ou a não intervenção no âmbito do direito de família tem ligação direta com a autonomia privada, conceituada por Sarmiento (2005) como “o poder que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses⁴⁹”, ainda segundo o autor:

“esse princípio tem como matriz a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter a liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes para a comunidade”⁵⁰.

⁴⁵ LÔBO, Paulo. Princípio do direito de família. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

⁴⁶ TARTUCE, Flávio. Direito de Família – Introdução. In: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**, v. 5: Direito de Família. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo Método, 2013, p. 18.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. Direito de Família – Introdução. In: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**, v. 5: Direito de Família. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo Método, 2013, p. 19.

⁴⁹ TARTUCE, Flávio. Direito de Família – Introdução. In: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**, v. 5: Direito de Família. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo Método, 2013, p. 18.

⁵⁰ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 188 apud, TARTUCE, Flávio. Direito de Família – Introdução. In: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**, v. 5: Direito de Família. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo Método, 2013, p. 18.

O princípio pode sofrer ponderação em sua aplicação, como por exemplo, caso seja preferencial e necessário zelar pela aplicação do princípio do melhor interesse da criança frente à liberdade dos genitores, mas jamais pode deixar de ser observado.

1.3.5 Princípio da Afetividade

O princípio está diretamente ligado a princípios constitucionais, tais como, dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), solidariedade (art. 3º, I, da CF/1988) e igualdade entre os filhos (arts. 5º, caput, e 227, § 6º, da CF/1988), além de se unir com princípios do direito de família, especificamente, convivência familiar, igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos⁵¹. A afetividade permitiu a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos, fortaleceu os sentimentos de solidariedade entre os entes familiares⁵².

Dias (2011) afirma que “o afeto não é fruto da biologia, os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue”⁵³, sendo o objetivo final a felicidade.

As relações familiares na atualidade estão voltadas aos interesses afetivos e questões existenciais dos indivíduos, nesse sentido o afeto recebeu valor jurídico, além de se tornar o princípio norteador de todas as relações familiares⁵⁴.

Comentando o artigo 1.593 do Código Civil, Lôbo (2011) diz que “os laços de parentesco na família (incluindo a filiação), sejam eles consanguíneos ou de outra origem, têm a mesma dignidade e são regidos pelo princípio da afetividade”⁵⁵.

O princípio da afetividade é muito importante para a concepção moderna de direito de família, por esse motivo tem ganhado muito destaque na doutrina e na

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71.

⁵² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71.

⁵⁵ LÔBO, Paulo. Princípio do direito de família. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

jurisprudência, um exemplo, é interessante julgado da Ministra Nancy Andrighi, em que se evidencia a importância do princípio em análise:

“A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas [...]. A temática ora em julgamento assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. (STJ, REsp 1.026.981/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 04.02.2010, DJe 23.02.2010)”⁵⁶.

O Procurador de Justiça Lenio Streck afirma que considerar Afetividade como princípio é aplicar o Direito de forma subsidiária a juízos morais. É uma forma de legitimar decisões baseadas em argumentos morais e pessoais, como forma de corrigir possíveis insuficiências das regras jurídicas. Afirma não haver normatividade no conteúdo do Princípio da Afetividade⁵⁷.

As relações familiares contemporâneas devem ser tratadas sobre o enfoque da afetividade, mesmo sendo novo para muitos doutrinadores, o princípio não pode ser desprezado ou ignorado, pois como visto, está diretamente conectado com princípios constitucionais.

1.3.6 Princípio da Convivência Familiar

Flávio Tartuce afirma que “a família é concebida como célula-mãe da sociedade desde a antiguidade e essa noção, apesar de toda a evolução social, é mantida até os dias atuais⁵⁸”.

A convivência familiar representa a relação duradoura entre os integrantes de uma entidade familiar, sendo que esses indivíduos estão ligados por laços de parentesco, consanguinidade e afetividade. Representa um ambiente de aconchego

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. Direito de Família – Introdução. In: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**, v. 5: Direito de Família. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo Método, 2013, p. 23.

⁵⁷ Consultor Jurídico. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>>. Acesso em: 27 de abr. 2017.

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. Direito de Família – Introdução. In: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**, v. 5: Direito de Família. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo Método, 2013, p. 23.

e proteção, principalmente para as crianças e os adolescentes que são mais vulneráveis e estão em processo de amadurecimento⁵⁹.

O direito de convivência familiar está assegurado em regras jurídicas, e seu exercício está ligado ao poder familiar, pois mesmo que os pais sejam separados, o filho tem o direito de conviver com seus genitores. Nesse sentido não poderá a decisão judicial estabelecer limitações que impossibilitem essa convivência, é direito recíproco de pais e filhos conviverem⁶⁰.

A convivência familiar não pode ser resumida a união dos genitores, pois em alguns casos nem sequer haverá essa união, mas ainda assim, a garantia da convivência do menor se estenderá aos parentes mais próximos, um exemplo, são as decisões que regulamentam o direito de visita dos avós aos seus netos⁶¹.

O Princípio da Convivência Familiar está diretamente ligado a escolha pela guarda compartilhada, pois sua eleição faz cumprir o que dita o princípio, tendo em vista que, a criança e o adolescentes terão resguardados seu direito de convivência com ambos os genitores.

1.3.7 Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente

A proteção integral representa um conjunto de convenções, tratados e diretrizes que visam proteger crianças e adolescentes⁶². O artigo 227 da Constituição Federal⁶³ é expressão da proteção integral.

⁵⁹ LÔBO, Paulo. Princípio do direito de família. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

⁶⁰ Ibidem, p. 74.

⁶¹ LÔBO, Paulo. Princípio do direito de família. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

⁶² CONSTANCE, Paula de Sousa; AOKI, Raquel Lima de Abreu; SOUZA, Tatiana Ribeiro de Souza. **Uma Nova Perspectiva dos Direitos da Criança à Luz da Interpretação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/iniciacaocientifica/?p=353>> Acesso em: 27 fev. 2017.

⁶³ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017

A proteção significa enxergar esses indivíduos como sujeitos de direitos, são pessoas em desenvolvimento que merecem especial proteção da família, da sociedade e do Estado. Dias (2011) afirma que “a maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial”⁶⁴.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é o principal instrumento de proteção integral dessas pessoas, pois representa um microsistema composto por normas de conteúdo material e processual, matéria civil e penal, reconhecendo os menores como sujeitos de direitos. Os princípios que mais se destacam no Estatuto são, melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, cujo objetivo central é levar o menor a um crescimento responsável e permitir que ele usufrua todos os seus direitos fundamentais⁶⁵. Um exemplo de garantia do cumprimento da proteção integral é a atuação da Defensoria Pública, que trabalha ativamente na defesa técnica da criança e do adolescente⁶⁶.

A proteção integral está inserida em uma completude de ações que visam resguardar a criança e o adolescente em todos os aspectos que são relevantes e imprescindíveis para o seu desenvolvimento.

1.3.8 Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O melhor interesse da criança tem origem no chamado *parens patriae*, que representava a obrigação do Rei e da Coroa da Inglaterra na proteção de pessoas incapazes de se defender sozinhas. Segundo Pereira (1999)⁶⁷, essa proteção foi assumida pela Coroa e posteriormente delegada ao Chanceler, século XIV, sendo ele o guardião supremo de crianças, loucos e débeis, ou seja, qualquer indivíduo que não tivesse discernimento para administrar seu próprio interesse sozinho. No século XVIII o *parens patriae* já distinguia a proteção das crianças da proteção dos loucos. A

⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

⁶⁶ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 28.

⁶⁷ PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-3, apud QUINTAS, 2010, p. 57.

guarda das crianças era dada de preferência ao pai e secundariamente a mãe, mas a preocupação central já era a proteção dos interesses da criança.

Nos Estados Unidos esse princípio recebe o nome de *best interest*, foi introduzido no ordenamento jurídico em 1813, após uma decisão da Corte da Pensilvânia, no caso *Commonwealth v. Addicks*, que entendeu que a conduta da mulher para com o marido não era significativa para a decisão da guarda dos filhos, pois a conduta da genitora não interferiria nos cuidados com os filhos⁶⁸.

Inicialmente o Brasil possuía o Código de Menores de 1979 (Lei 6.697/1979) que se limitava a tratar de crianças e adolescentes, que fossem infratores, tivessem sido abandonados e conseqüentemente vivesse em vulnerabilidade econômica, tal entendimento só vai mudar em 1988, sendo preocupação do legislador a proteção integral das crianças e dos adolescentes, em especial, nas relações familiares⁶⁹.

No Brasil somente com a Constituição Federal de 1988 foi que o princípio começou a vigorar, conforme o artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que garantem ser dever de todos a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes.

A proteção à criança foi objeto de discussão internacional, aparecendo na Declaração de Genebra em 1924, na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas em 1948, na Declaração Universal dos Direitos da Criança em 1959, e finalmente foi aprovada pelas Nações Unidas, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, isso ocorreu em 1989, sendo tal convenção ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 99.710/90, a partir desse momento o melhor interesse da criança ganhou força.

Estabelece o artigo 3, 1 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança:

“Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”⁷⁰.

⁶⁸PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.). **O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-3, apud QUINTAS, 2010, p. 58.

⁶⁹MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008, p. 27.

⁷⁰QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 58, 2010.

O antigo pátrio poder estava fortemente ligado à função do pai na família e havendo a separação dos pais o interesse do filho era o menos importante, mas com a mudança de paradigma que levou ao poder familiar, a primazia passou a ser o interesse do filho, pois atualmente, em qualquer decisão que se tome, esse princípio deve ser observado⁷¹. Quando ocorre uma ruptura na estrutura familiar as crianças são fortemente atingidas, pois são considerados seres incompletos, sendo incapazes de defender seus próprios interesses.

Não existe um critério único que determine o melhor interesse da criança, por ser um indivíduo em desenvolvimento, cada etapa da vida pode representar um interesse diferente. O papel do juiz nesse sentido é buscar o que for melhor para a vida, desenvolvimento, futuro, felicidade e equilíbrio da criança ⁷².

É possível afirmar que o melhor interesse do menor é o convívio familiar, pois a família, como regra geral, é o ambiente mais propício para o desenvolvimento e o juiz só pode interferir nessa relação se for violado algum direito da criança.

Morgenbesser e Nehls (2010) ⁷³ afirmam que nas cortes americanas a guarda é atribuída aos pais que estiverem aptos para prover um ambiente físico e material que seja capaz de promover um crescimento e desenvolvimento saudável para a criança. Lembrando que a capacidade de guarda não está ligada somente a recursos financeiros.

O melhor interesse da criança pode ser alterado ao longo dos anos, mas estando os genitores aptos para exercer a guarda não faz sentido que apenas um deles seja o responsável pela guarda, ou seja, é interesse da criança a convivência com os pais (QUINTAS, 2010)⁷⁴.

Pode ser que os genitores não vivam juntos, mas se estiverem habilitados para exercer o poder familiar, o mais adequado é que ambos estejam presentes na vida da

⁷¹ LÔBO, Paulo. Princípio do direito de família. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

⁷² QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 59, 2010.

⁷³ MORGENBESSER, Mel e NEHLS, Nadine. Joint Custody: na alternative for divorcing families. Chicago: Nelson-Hall, 1981, p. 43, *apud* QUINTAS, 2010, p. 60.

⁷⁴ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 61, 2010

criança. O artigo 7º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança afirma que é direito da criança conhecer seus pais e quando possível ser cuidada por eles⁷⁵.

Outro artigo importante da Convenção Internacional dos Direitos da Criança é o 9º:

“1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”⁷⁶.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança deixa claro que a presença dos pais na vida da criança é essencial, ou seja, o melhor é que ambos exerçam juntamente a guarda dos filhos. Existem pesquisas no Brasil demonstrando que os filhos que mantêm contato frequente com o genitor que não tem a guarda, apresentam melhores desempenhos do que filhos que não desfrutam de contato e comunicação com o genitor⁷⁷.

A justificativa para a guarda compartilhada é a importância que a presença do pai e da mãe representam para a criança, não devem as desavenças do casal prejudicar os laços com a criança, bem como, o exercício do papel materno e paterno.

Lôbo (2011) é enfático ao dizer que o princípio do melhor interesse da criança é um reflexo do caráter integral de proteção dos direitos da criança e do adolescente e está diretamente ligada aos direitos humanos de forma geral. Sendo que a aplicação desse princípio não exclui os demais, mas deve ser dada prioridade a ele. Não

⁷⁵ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 61, 2010

⁷⁶ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 62, 2010

⁷⁷ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 63, 2010

representa uma simples orientação ética de atuação, mas diretriz para as relações entre pais e filhos, entre a sociedade e o Estado⁷⁸.

O melhor interesse engloba diversos pontos relevantes, por exemplo, assegurar uma infância feliz para a criança, propiciar um ambiente familiar de afeição, amor, felicidade e segurança moral e material. Os pais devem sempre buscar uma convivência pacífica de modo a beneficiar o desenvolvimento do filho e a implementação do melhor interesse do mesmo. O princípio do melhor interesse deve fundamentar as decisões judiciais sobre a guarda de filhos, sendo a guarda compartilhada a modalidade que mais se aproxima da aplicação integral do princípio, especialmente, por permitir a manutenção dos vínculos familiares.

⁷⁸ LÔBO, Paulo. Princípio do direito de família. In: LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77.

2. GUARDA DE FILHOS

Ao abordarmos a guarda de filhos, instituto do direito de família, com previsão normativa no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é necessário observar os conceitos de autoridade parental e as diferentes espécies de guarda de filhos existentes, lembrando que todos esses institutos são norteados pelos princípios constitucionais.

O vocábulo guarda tem sentido de “proteção, observância, vigilância ou administração”, de modo específico, a guarda de filhos compreende a companhia e proteção que os pais exercem sobre os filhos menores⁷⁹.

2.1 Conceito de Autoridade Parental

O Código Civil de 1916 mencionava o instituto do “Pátrio Poder”, tal termo estava ligado ao Direito Romano, especialmente representado pela figura do *pater familias*. Tratava-se de um amplo poder do pai sobre os filhos, tais poderes eram de ordem pessoal e patrimonial⁸⁰. O *pater familias* poderia reconhecer ou rejeitar um filho, vende-lo como escravo, representava um verdadeiro direito de vida ou morte sobre os membros da família⁸¹.

A luz do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua conceitua “pátrio poder” como o “conjunto dos direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados, naturais reconhecidos ou adotivos”⁸². O “pátrio poder” era exercido de forma exclusiva pelo marido, pois o mesmo era considerado o chefe da sociedade conjugal, e somente se houvesse algum impedimento ou mesmo a falta do pai, é que a mulher assumiria o exercício do poder familiar sobre os filhos⁸³.

⁷⁹ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 59.

⁸⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 13.

⁸¹ MIGUEL, Jamil. **A guarda compartilhada agora é regra**: comentários à Lei 13.058/2014. Campinas, SP: Millennium, 2015, p. 2.

⁸² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 363. Apud RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42.

⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 460.

O conceito de “pátrio poder” é totalmente obsoleto, vale lembrar que foi criado em meio a uma sociedade patriarcal e patrimonialista. Com o advento da Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso I⁸⁴, que trouxe a noção de igualdade entre homens e mulheres, o artigo 226, § 5º⁸⁵, que conferiu ao pai e a mãe a responsabilidade pelo poder familiar⁸⁶, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que dispõe sobre a igualdade de exercício do poder familiar entre pai e mãe (art. 21 do ECA⁸⁷), a concepção de “pátrio poder” acabou sendo alterada.

O Código Civil de 2002 substituiu o termo “pátrio poder” por Poder Familiar, doutrinariamente também recebe o nome de “Responsabilidade Parental”, “Poder Parental”, “Pátrio Dever”, “Função Parental” e “Autoridade Parental”. A nomenclatura trazida pelo Código Civil de 2002 levanta discussões, pois a denominação mais adequada ao instituto não deveria comportar a expressão “poder”, que lembra o conceito romano de “pátria potestas”. A alteração sofrida pelo instituto em análise não foi somente em relação à nomenclatura, mas principalmente em relação ao conteúdo.

O artigo 227⁸⁸ da Carta Política de 1988 foi um dos elementos que também contribuíram para a mudança de paradigma, pois consagrou o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente seguiu no mesmo caminho, anteriormente o instituto tinha conotação de dominação e agora representa um conjunto de deveres e obrigações dos pais para com os

⁸⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

⁸⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 maio 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 461.

⁸⁷ Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

⁸⁸ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

interesses dos filhos⁸⁹. A concepção de poder familiar atual é “filhocentrista”, sendo o menor sujeito de direitos e o que mais importa é a sua proteção⁹⁰.

O poder familiar engloba o desenvolvimento total das crianças e dos adolescentes, visa proporcionar educação, cuidado físico, alimentos, desenvolvimento emocional e intelectual, é a transmissão de valores morais e éticos. A visão de autoridade parental inclui a presença dos pais na vida dos filhos, mesmo que os genitores não sejam casados ou ocorra algum conflito entre eles⁹¹, pois o melhor interesse da criança e do adolescente deve sempre prevalecer⁹².

Teixeira (2009 apud ROSA, 2015) afirma que a relação parental não se vincula aos rumos que a relação conjugal toma, pois garante que mesmo após o fim da vida em comum dos genitores, os filhos manterão os laços afetivos com os pais⁹³. Os genitores são em conjunto, de forma simultânea e igualitária detentores do poder familiar, que decorre da paternidade e da maternidade, não é uma consequência do casamento ou da união estável⁹⁴ e de forma excepcional será exercido por somente um dos genitores.

A autoridade parental faz sentido se efetivamente houver o contato entre pais e filhos, a questão patrimonial é secundária, o mais importante é o convívio, momento adequado para os pais passarem os valores necessários para auxiliar na formação da personalidade da criança e do adolescente⁹⁵.

Todos os filhos com idade entre 0 e 18 anos estão guardados pelo instituto do poder familiar ou autoridade parental, que somente com a maioridade ou com a emancipação é interrompido. A autoridade parental é irrenunciável, imprescritível, inalienável e indisponível⁹⁶. Vale destacar que só será extinta a autoridade parental

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 461.

⁹⁰ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 38.

⁹¹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.

⁹² ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 15.

⁹³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 110. Apud ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

⁹⁴ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 48.

⁹⁵ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

⁹⁶ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 18.

se ocorrer a morte dos pais ou do filho, ou por medida judicial, que assim declare a perda⁹⁷, não se extingue com a separação, o divórcio ou a dissolução da união estável, mas prevalece para ambos os genitores igualmente⁹⁸.

O Poder Familiar é abordado no Código Civil a partir do artigo 1.630 até o artigo 1.633⁹⁹. No que diz respeito ao artigo 1.633 do CC sobre desconhecimento dos genitores e a possibilidade de estabelecer tutor ao menor, o entendimento do Estatuto da Criança e do Adolescente é mais amplo, prevendo a possibilidade do menor ser colocado em uma família substituta por meio de guarda, tutela ou adoção¹⁰⁰.

Uma das obrigações decorrentes do poder familiar é a criação e a educação dos filhos, previsto no artigo 1.634, I, do CC¹⁰¹ e nos artigos 22¹⁰² e 55¹⁰³ do ECA. Independente de ser ou não detentor da guarda ambos os genitores tem direito a acompanhar a vida escolar de seu filho¹⁰⁴, assim resguarda a Lei nº 9.394 de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), em seu artigo 12, inciso VII, que

⁹⁷ PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. **Direitos da criança e do adolescente em face da TV**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 113. Apud ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 18.

⁹⁸ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

⁹⁹ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores; Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo; Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos; Art. 1.633. O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor. BRASIL. lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

¹⁰⁰ Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

¹⁰¹ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

¹⁰² Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

¹⁰³ Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

¹⁰⁴ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 20.

diz: “informar pai e mãe, conviventes ou não com seus filhos, e, se for o caso, os responsáveis legais, sobre a frequência e rendimento dos alunos, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola”¹⁰⁵.

Vale destacar que o fato do pai ou da mãe se envolverem em um novo relacionamento amoroso, não significa que perdem o poder familiar, porém o caput do artigo 1.636 do Código Civil informa que o exercício desse poder não pode sofrer “interferência do novo cônjuge ou companheiro”¹⁰⁶. Na prática é difícil afirmar que esse novo cônjuge ou companheiro não irá influenciar na criação do menor, pois atualmente muitos são os casos de família reconstituída, pluriparentais ou mosaico. O novo cônjuge ou companheiro deve agir de modo a colaborar com os preceitos educacionais estabelecidos pelos pais do menor, isso caracteriza agir na busca do melhor interesse da criança ou do adolescente¹⁰⁷.

O artigo 1.634, no inciso II do CC¹⁰⁸, salienta a questão da guarda, pois entende que a companhia, a orientação e a observação sempre constante dos pais influenciam diretamente no futuro dos menores, representa a transmissão de costumes, experiências, valores e segurança para a devida proteção integral da criança e do adolescente¹⁰⁹.

Outra obrigação própria da autoridade parental é a permissão para que o menor se case, deriva do artigo 1.634, III, do CC¹¹⁰. No Brasil a idade núbil é aos 16 (dezesseis) anos de idade e para tal precisa da autorização de seus genitores (art.

¹⁰⁵ BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

¹⁰⁶ Art. 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. Parágrafo único. Igual preceito ao estabelecido neste artigo aplica-se ao pai ou à mãe solteiros que casarem ou estabelecerem união estável. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

¹⁰⁷ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19.

¹⁰⁸ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

¹⁰⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 21.

¹¹⁰ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

1.517, do CC¹¹¹). Havendo conflito entre os pais sobre a permissão para o casamento, é possível provocar o Poder Judiciário para que se manifeste sobre o caso.

Nos incisos IV e V do artigo 1.634 do CC, está expresso que os genitores precisam autorizar a viagem do filho ao exterior e a possibilidade de mudarem o local de sua residência¹¹².

Ainda no artigo 1.634 do CC, o inciso VI menciona a possibilidade de nomear tutor ao menor em testamento ou documento autêntico, no caso da morte dos genitores ou na impossibilidade do genitor que sobrevivo não ter condições de exercer o poder familiar¹¹³.

É papel dos genitores representar os filhos menores de 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil e aos maiores de 18 (dezoito) anos assisti-los quando necessário, assim preceitua o inciso VII do art. 1.634 do CC¹¹⁴. Importante é a distinção que se faz entre os dois institutos, a representação do menor é necessária, pois do contrário os atos do menor serão considerados inválidos, engloba as relações jurídicas de natureza familiar e patrimonial. A assistência prestada pelos pais compreende os aspectos morais e os materiais dos atos praticados pelo menor¹¹⁵.

Os genitores tem o direito de desfrutar da companhia de seus filhos, de modo que possam participar ativamente da formação dos menores, por este motivo, o inciso

¹¹¹ Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

¹¹² Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

¹¹³ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

¹¹⁴ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

¹¹⁵ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 51.

VIII do art. 1.634 do diploma civil¹¹⁶, garante aos pais a possibilidade de retirar seus filhos da companhia de um terceiro que não tenha sido autorizado a estar com a criança ou o adolescente, é um dever de vigilância e fiscalização exercido pelo genitor¹¹⁷, sendo a busca e apreensão medida aplicada ao caso de descumprimento¹¹⁸.

Os pais podem exigir obediência, respeito e serviços próprios da idade e condições de seus filhos, isto sempre no melhor interesse e progresso moral da criança e do adolescente¹¹⁹, assim dispõe o inciso IX do art. 1.634 do CC¹²⁰.

A suspensão da autoridade parental está descrita no artigo 1.637 do CC¹²¹ e a decisão de suspensão deve sempre levar em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente, ou seja, não é válido manter o menor em um ambiente em que esteja exposto e ao mesmo tempo é necessário confirmar se a denúncia de fato reflete a verdade¹²². Os artigos 155 a 163 do ECA tratam da perda ou suspensão do poder familiar, no artigo 163 do ECA, está especificado que a sentença deve ser averbada no registro civil do menor¹²³.

Um ponto importante sobre a suspensão da autoridade parental é que não há isenção ao genitor suspenso do seu dever de alimentar, pois o mesmo decorre do

¹¹⁶ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

¹¹⁷ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 52.

¹¹⁸ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23.

¹¹⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23.

¹²⁰ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

¹²¹ Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 maio 2017.

¹²² ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25.

¹²³ Art. 163. O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias. Parágrafo único. A sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24 mai. 2017.

vínculo de parentesco¹²⁴. Mesmo diante da suspensão os pais podem continuar visitando seus filhos¹²⁵. O Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) no art. 23 afirma que “A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar”¹²⁶.

O artigo 1.638 do Código Civil¹²⁷ elenca as hipóteses de perda da autoridade parental, entre elas está o castigo dos filhos de forma imoderada. Visando regulamentar a questão dos castigos, em 26 de junho de 2014, foi promulgada a chamada “Lei da Palmada”, posteriormente alterada para “Lei Bernardo”¹²⁸. Trata-se da Lei nº 13.010 que inseriu ao Estatuto da Criança e do Adolescente o art. 18-A¹²⁹, interessante que a proibição de castigos imoderados se dá a todos os envolvidos na formação de crianças e adolescentes, como informa o artigo em questão. O parágrafo único do artigo 18-A do ECA conceitua “castigo físico” e “tratamento cruel ou degradante”¹³⁰.

Outra hipótese de perda do poder familiar presente no artigo 1.638 do CC, é o abandono do filho, vale destacar que a falta de cuidado não representa possibilidade de perda, mas é tratada como forma de responsabilização civil do pai ou da mãe ausente¹³¹. O artigo ainda fala na perda da autoridade parental por motivo de condutas

¹²⁴ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

¹²⁵ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25.

¹²⁶ BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

¹²⁷ Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 maio 2017.

¹²⁸ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 27.

¹²⁹ Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24 maio 2017.

¹³⁰ Art. 18-A. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se: I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em: a) sofrimento físico; ou b) lesão; II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que: a) humilhe; ou b) ameace gravemente; ou c) ridicularize. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 24 mai. 2017.

¹³¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 28.

imorais e contrárias aos bons costumes e se de forma reiterada for praticada as hipóteses de suspensão previstas no art. 1.637 do CC.

Tanto a suspensão como a perda da autoridade parental deve ocorrer por devido processo legal, ou seja, em processo jurisdicional contencioso¹³². A suspensão é medida preferencial à perda, pois é temporária e possibilita reintegração através de uma posterior recomposição dos laços afetivos¹³³ e a perda é medida mais grave, decorre de situações que exponham constantemente a segurança e a dignidade do menor¹³⁴.

Havendo divórcio dos genitores e a consequente atribuição da guarda a apenas um dos pais, não significa dizer que o não guardião perde seu direito e dever de exercer autoridade parental¹³⁵. Ocorre que o não guardião acaba sendo privado do contato dia a dia com o filho, ou seja, sua autoridade parental acaba sendo minimizada, por este motivo a escolha da guarda pode permitir um contato mais próximo do pai com o filho como será exposto mais adiante.

2.2 Espécies de Guarda no Código Civil de 2002

A guarda de filhos nasceu como um direito-dever dos pais e refere-se à convivência com os filhos, além de proporcionar o exercício da autoridade parental integralmente, conforme está elencado no Código Civil, artigos 1.630 a 1.638. Quando os genitores são casados ou em união estável, a guarda dos filhos é exercida conjuntamente, conforme menciona os artigos 1.566, IV¹³⁶ e 1.724¹³⁷, é chamada guarda comum ou conjunta¹³⁸.

¹³² ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 30.

¹³³ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Do poder familiar. **Revista Síntese de Direito de Família**. São Paulo, n. 67, ago./set. 2011, p. 28. Apud ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 30.

¹³⁴ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 30.

¹³⁵ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 61.

¹³⁶ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 maio 2017.

¹³⁷ Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 mai. 2017.

¹³⁸ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

Havendo a ruptura da sociedade conjugal ou mesmo os pais que nunca moraram juntos as funções inerentes à autoridade parental são bipartidas, pois as decisões acabam sendo tomadas de forma unilateral por cada genitor, é o caso da guarda unilateral¹³⁹. Vale lembrar que havendo mais de um filho é importante que os mesmos sejam mantidos preferencialmente juntos, sob a guarda do mesmo genitor, se a guarda for unilateral¹⁴⁰.

É importante mencionar que a autoridade parental não se perde caso a guarda seja atribuída a somente um dos genitores, ou mesmo a um terceiro, ou seja, o pai ou a mãe não guardião permanecem titulares da autoridade parental, pois “não há ruptura, nem restrições, nem isenções, exonerações ou limitações de direitos ou deveres de suas funções parentais”¹⁴¹.

Inicialmente, o Código Civil de 2002 só havia estabelecido a guarda unilateral, em que somente um dos pais detinha a guarda do filho menor, este seria o guardião, enquanto o outro genitor ficaria com a responsabilidade de manter os alimentos e visitar o filho nas datas previamente estabelecidas¹⁴².

Analisando o Direito Civil sob o enfoque dos princípios constitucionais, o instituto da guarda compartilhada foi incluído no CC/2002 pela Lei nº 11.698/2008 e posteriormente a Lei nº 13.058/2014, alterou o conteúdo dos artigos. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, pois o objetivo principal deve ser a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente¹⁴³. A guarda compartilhada possibilita que pai e mãe decidam conjuntamente sobre a vida dos filhos, mesmo que não morem juntos.

Na definição da guarda a ser aplicada ao caso concreto, o melhor interesse da criança e do adolescente vai prevalecer sobre os interesses dos genitores. Leva-se

¹³⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 48.

¹⁴⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52.

¹⁴¹ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

¹⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 685.

¹⁴³ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 686.

em consideração fatores como desenvolvimento físico, moral, afetividade, idade da criança, entre outros que o juiz pode analisar para definir o modelo de guarda¹⁴⁴.

Dentro do Código Civil de 2002 são esses os modelos de guarda, mas de forma mais profunda passamos a analisar o instituto da guarda unilateral e da guarda compartilhada.

2.2.1 Guarda Unilateral

Conforme o artigo 1.583, § 1º do CC/2002, a guarda unilateral é atribuída a um só dos genitores ou alguém que possa substituí-los. A unilateral decorre do término do relacionamento entre os genitores, os pais passam a morar em local separado, sendo necessário definir a quem caberá a guarda dos filhos. Assim, um genitor se torna o guardião do menor, enquanto o outro será o não guardião, sendo o responsável pelos alimentos e visita nas datas que forem estabelecidas pelo Poder Judiciário¹⁴⁵.

Antes da Lei nº 13.058/2014, na dicção do § 2º do art. 1.583 do CC, a guarda unilateral era concedida ao genitor que possuísse melhores condições de exercê-la, era um rol qualitativo, que levava em conta o afeto com o genitor e, conseqüentemente, com o grupo familiar, a saúde, a segurança e a educação que o genitor poderia oferecer¹⁴⁶. O fator econômico nunca poderia ser utilizado de forma preferencial, pois poderia beneficiar o genitor em melhor posição econômica¹⁴⁷.

No Brasil a escolha da guarda unilateral não diminui os deveres e direitos referentes à autoridade parental do genitor não guardião. Ambos continuam aptos a exercer o poder familiar com a diferença que o menor não estará com os pais em tempo integral¹⁴⁸.

¹⁴⁴ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 79.

¹⁴⁵ MIGUEL, Jamil. **A guarda compartilhada agora é regra**: Campinas, São Paulo: Millennium, 2015, p. 17.

¹⁴⁶ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

¹⁴⁷ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: Mizuno, 2015, p. 47. Apud ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

¹⁴⁸ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 105

Na prática o guardião unilateral define as questões referentes ao cotidiano do menor, por exemplo, escolhe a escola, as atividades extracurriculares, define a alimentação e os médicos do menor, tudo isso sem consultar o outro genitor. Caso o genitor não guardião discorde das decisões tomadas, é possível recorrer ao Poder Judiciário, com base no parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil e no artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois como já foi dito a autoridade parental não pode ser diminuída pela opção da guarda unilateral¹⁴⁹.

O artigo 1.634 do CC/2002 garante aos genitores o “pleno exercício do poder familiar”, a Lei nº 13.058/2014 foi a responsável pela inclusão dessa garantia de forma expressa, a Lei também garante ao genitor não guardião a possibilidade de acompanhar os interesses dos filhos, inclusive com a prestação de contas referente à saúde física e psíquica e educação dos filhos, conforme o art. 1.583, § 5º do CC/2002¹⁵⁰.

Infelizmente a guarda unilateral ensejou muitos casos de “alienação parental”, trata-se da alteração na concepção que o filho tem sobre o seu genitor, de modo que, ocorre um afastamento entre eles, causado pelo comportamento do genitor guardião, que causa uma falsa impressão ao menor sobre o não guardião. Em outros casos, a guarda unilateral levou ao “abandono afetivo”, situação em que o não guardião se afastava, pouco se importava pela convivência com a criança e o adolescente, fazendo-se presente o mínimo necessário¹⁵¹. Tanto a alienação parental, quanto o abandono afetivo, são situações que só trazem prejuízos os filhos, pois retiram dos menores a possibilidade de um desenvolvimento emocional completo.

A guarda unilateral já foi regra, mas com as alterações que sofreu o diploma civil, a guarda dos filhos será preferencialmente a compartilhada, basta que os

¹⁴⁹ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 106.

¹⁵⁰ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

¹⁵¹ MIGUEL, Jamil. **A guarda compartilhada agora é regra**: Campinas, São Paulo: Millennium, 2015, p. 20.

genitores estejam habilitados para o exercício da autoridade parental e que nenhum deles decline do seu direito de guarda, conforme o art. 1.584, § 2º do CC¹⁵².

2.2.2 Guarda Compartilhada

A guarda compartilhada decorre da responsabilidade de ambos os genitores tem de participarem ativamente da vida dos filhos, além de refletir mudanças sociais sofridas ao longo do tempo. O instituto foi introduzido no ordenamento jurídico com a Lei nº 11.698/2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil.

Historicamente a lei outorgava ao pai a guarda dos filhos, pois o pai era o responsável pela educação e ensino da religião, os filhos eram propriedades do pai, lembremos do “pátrio poder”, além do fator econômico, sendo ele o indivíduo que tinha o sustento da família como obrigação. Com a Revolução Industrial o cenário mudou, as mães passaram a ter preferência na guarda, os pais foram para as fábricas e as mães passaram a ficar responsáveis pela criação e educação dos filhos. A rotina diária fez com que os pais se desapegassem da vida cotidiana dos filhos, deixando a responsabilidade toda para as mães, o papel dos pais se restringia a provisão da família¹⁵³.

Até a década de 60, existiu essa preferência de conceder a guarda dos filhos para a mãe, mas com o ingresso da mulher no mercado de trabalho os arranjos sociais e familiares mudaram. Houve maior aceitação do divórcio e da união estável, o movimento feminista ganhou força e o antigo papel que separava de forma estanque o pai provedor e a mãe dona de casa não se enquadravam mais a realidade das famílias¹⁵⁴.

Na década de 90 normas legais que tratavam da guarda conjunta, “*joint custody*”, se espalharam por diversos estados norteamericanos. A guarda

¹⁵² ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

¹⁵³ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 138.

¹⁵⁴ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 138.

compartilhada inovou o Direito de Família, pois permitiu que filhos de pais separados mantivessem uma convivência constante com seus genitores¹⁵⁵.

A assimilação do princípio da igualdade de gênero e do melhor interesse da criança e do adolescente deu aos genitores uma nova visão, entenderam que mesmo após a ruptura da relação, é possível participar ativamente da vida dos filhos, inclusive porque a autoridade parental é preservada em um novo arranjo familiar¹⁵⁶. A guarda compartilhada assegura o direito da criança e do adolescente de convivência com a família, conforme art. 19 do ECA¹⁵⁷.

Outro fator importante para a implementação da guarda compartilhada no ordenamento jurídico foi a Convenção sobre os Direitos da Criança, entrou em vigor no cenário internacional em 2 de setembro de 1990, e posteriormente foi ratificada e promulgada no Brasil, que reconhece como fundamental o “interesse maior da criança”, conforme o art. 3º, § 1º¹⁵⁸. O art. 18, § 1º da Convenção¹⁵⁹ estabelece a obrigação de ambos os pais atuarem de forma igualitária no desenvolvimento e educação dos filhos¹⁶⁰.

A guarda compartilhada deve “refletir o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e de continuar a cooperar um com o outro na tomada de decisões”¹⁶¹. É um meio de diminuir os efeitos negativos que o fim do relacionamento

¹⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 688.

¹⁵⁶ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 139.

¹⁵⁷ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

¹⁵⁸ Artigo 3. 1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Convenção sobre Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.

¹⁵⁹ Artigo 18. 1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança. BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Convenção sobre Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 25 maio 2017.

¹⁶⁰ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 142.

¹⁶¹ WALLERSTEIN, J. S.; BLAKESLEE, S. Sonhos e realidade no divórcio: marido, mulher e filhos dez anos depois, p. 342-343. Apud GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 140.

conjugal causa nos filhos, pois os pais estarão envolvidos conjuntamente na criação e desenvolvimento do menor. Além de pôr fim a preferência da guarda concedida a mãe, quando unilateral, e garante tempo de qualidade a ambos os genitores, preservando os laços de afetividade¹⁶².

A separação conjugal não pode ser transformada em separação parental, por isso a importância da guarda compartilhada, demonstrando aos filhos de pais separados que seus genitores estarão presentes em suas vidas, mesmo diante da ruptura dos pais¹⁶³.

Importante destacar que guarda e convivência são institutos diferentes. Guarda representa a definição do modelo de participação dos pais nos interesses e cotidiano dos filhos, podendo ser unilateral ou compartilhada, enquanto convivência é a fixação do período que cada genitor terá com o filho e deve ser definido, independente do modelo de guarda escolhido¹⁶⁴.

A guarda compartilhada se fundamenta no princípio da proteção integral da criança e do adolescente, desta forma, entende-se que a guarda deve ser compartilhada pelos pais, mas também com terceiros, por exemplo, os avós, se ficar evidente que a convivência entre eles permite o melhor interesse do menor¹⁶⁵.

Não existe um modelo pronto de aplicação da guarda compartilhada, sendo assim, o magistrado terá de analisar as peculiaridades de cada família. Será necessária uma postura proativa e até mesmo o auxílio de uma equipe interdisciplinar¹⁶⁶. A utilização de equipe interdisciplinar é orientação legal, consta do art. 1.584, § 1º do CC¹⁶⁷, além do Enunciado 335 da Jornada de Direito Civil: “a guarda

¹⁶² GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 141.

¹⁶³ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 64.

¹⁶⁴ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65.

¹⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 689.

¹⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: famílias. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 690.

¹⁶⁷ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

compartilhada dever ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação por equipe interdisciplinar”¹⁶⁸.

Dimas Messias de Carvalho apresenta pontos importantes que a guarda compartilhada apresenta, entre eles, o estreito relacionamento entre pais e filhos diminui a possibilidade de alienação parental, maior auxílio no desenvolvimento integral do menor, estreitamento dos vínculos familiares e maior referência paterna e materna¹⁶⁹. O ganho reside na presença sempre constante dos genitores na vida dos filhos.

O termo americano “*joint custody*” (guarda compartilhada) é acompanhado da expressão “*shared parenting*” (divisão de cuidados, de maternagem, de atenção), ou seja, o termo empregado está ligado ao envolvimento dos pais em buscar o que for melhor para o filho¹⁷⁰. A prioridade é estar com os pais e compartilhar momentos juntos, a ideia de posse deve ser afastada, pois a guarda compartilhada visa sempre o respeito ao princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente¹⁷¹.

São requisitos da guarda compartilhada a figura do pai e da mãe, a aptidão para o exercício da autoridade parental e a vontade de exercer a guarda sobre o filho¹⁷².

O mais importante é que mesmo na falta de consenso entre os pais, se eles desejarem uma convivência mais próxima com o filho, a guarda compartilhada será implementada, ou seja, o consenso não é requisito da guarda compartilhada¹⁷³. A imposição do instituto mesmo diante do litígio demonstra a importância da participação dos genitores na vida dos filhos e o efetivo exercício da autoridade parental¹⁷⁴.

¹⁶⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 690.

¹⁶⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 67.

¹⁷⁰ SILVA, Ana Maria Milano. **A lei sobre guarda compartilhada**. 4. ed. Leme: Mizuno, 2015, p. 100-101. Apud ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 68.

¹⁷¹ MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 210. Apud ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 69.

¹⁷² RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 78.

¹⁷³ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 690.

¹⁷⁴ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 83.

A Ministra Nancy Andrighi defende que a guarda compartilhada é a escolha mais acertada para o efetivo exercício do poder familiar de pais separados, afirma que talvez demande adequações por parte dos genitores, mas representa o melhor interesse do menor ter a influência de ambos os genitores em sua formação¹⁷⁵.

Como se percebe a guarda compartilhada é a medida que mais aproxima os filhos de seus pais, ainda que a sociedade conjugal tenha sido desfeita, a relação parental permanece e deve ser fortalecida em respeito ao melhor interesse da criança e do adolescente.

2.3 Outras espécies de guarda

O instituto da guarda é disciplinado no Código Civil de 2002, como já foi visto, e também decorre de construções doutrinárias e de medida prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Todas as espécies de guarda devem sempre buscar o melhor interesse da criança e do adolescente.

2.3.1 Guarda Nidal

Expressão que vem do latim “nidus” significa ninho. Também chamada de aninhamento ou nidação¹⁷⁶. Devido aos aspectos práticos, a guarda nidal é pouco utilizada, trata-se da hipótese em que a criança permanece na residência de origem do casal e os pais que se revezam em períodos diferentes para estar com a criança na residência, por isso a ideia de ninho¹⁷⁷.

A guarda nidal representa um alto custo econômico aos pais, pois além de manter a residência da criança também precisam manter uma residência para eles individualmente. Imagine a situação do genitor que constitui nova relação conjugal e tem outros filhos, com certeza esse modelo de guarda não mais seria viável. A

¹⁷⁵ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85.

¹⁷⁶ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 94.

¹⁷⁷ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

vantagem que a guarda nidal apresenta é que a criança não precisa estar alternando entre a casa do pai e da mãe¹⁷⁸.

2.3.2 Guarda Alternada

A guarda alternada não tem previsão no ordenamento jurídico brasileiro, representa a alternância da guarda entre os genitores, por exemplo, o menor passa uma semana na casa da mãe e a outra semana na casa do pai¹⁷⁹. A ideia era uma divisão estanque do tempo que o filho passaria com cada um dos genitores. Os pais só exerceriam a autoridade parental no tempo preestabelecido que o filho estivesse com cada um deles¹⁸⁰.

A divisão de tempo que o filho passa com os pais pode levar a uma insegurança e falta de referência para o menor. É o chamado filho “mochilinha”¹⁸¹.

A guarda alternada é uma demonstração de egoísmo dos pais, como se os filhos fossem objetos, não levam em consideração o melhor interesse da criança ou adolescente¹⁸². Outra crítica que recebe é o desrespeito ao princípio da “continuidade”, fator importante para o desenvolvimento físico e mental da criança¹⁸³.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais já se posicionou afirmando que a guarda alternada, ao definir que os pais exercem seu poder parental somente em um período determinado, inclusive com lares alternados, demonstra ser um instituto “indesejável e inconveniente” ao Princípio do Melhor Interesse da Criança¹⁸⁴.

¹⁷⁸ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 60.

¹⁷⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60. Apud ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 58.

¹⁸⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59.

¹⁸¹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59.

¹⁸² LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 60. Apud ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59.

¹⁸³ GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95.

¹⁸⁴ Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação n. 1.0056.09.208739-6/002, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Fernando Caldeira Brant, publ. 9-1-2014. Apud ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65.

2.3.3 Guarda decorrente do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

O ECA tem a opção de colocar o menor em família substituta, tal medida é aplicada de forma excepcional, se demonstrado que não é possível o desenvolvimento da criança ou do adolescente no seio da família natural, medida prevista no art. 19 do Estatuto¹⁸⁵.

A colocação da criança e do adolescente em família substituta é uma das modalidades de guarda e condiciona o detentor da posse do menor a prestar toda a assistência que for necessária, conforme o art. 33 do ECA¹⁸⁶.

O fato de colocar o infante em família substituta não altera a titularidade do poder familiar, mas transfere o encargo da guarda para o indivíduo que não possui a autoridade parental¹⁸⁷.

A família substituta está enquadrada na guarda que é passada para um terceiro, seja ele parente ou não do menor, vale destacar que não há alteração no registro civil da criança, ainda que ocorra a averbação da transferência¹⁸⁸.

Segundo o art. 166 do ECA¹⁸⁹ é possível que o genitor entregue seu filho a um terceiro sob a modalidade de guarda, mas a jurisprudência entende que a simples concordância em entregar o filho não pode ser considerada válida sem antes ocorrer

¹⁸⁵ Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

¹⁸⁶ Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais BRASIL. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

¹⁸⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 213.

¹⁸⁸ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 214.

¹⁸⁹ Art. 166. Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado. Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 3 de jun. 2017.

a devida citação dos genitores¹⁹⁰. É necessária a formalização da transferência da guarda, ou seja, a intervenção judicial é obrigatória¹⁹¹.

A entrega do menor a uma família substituta que ocorre por vontade dos genitores, pode ser provisória ou definitiva, mas sempre se exigirá o devido processo legal¹⁹². O ato exige a lavratura de termo próprio de declaração e a devida oitiva dos pais pelo magistrado e pelo Ministério Público nos termos do § 1º do art. 166 do ECA.

A guarda provisória tem um tempo de duração determinado pelo magistrado, pode ser entre 30 e 90 dias, prazo que será concedido durante o processo de guarda, tutela ou adoção.

A guarda definitiva é concedida por sentença com resolução de mérito em processos que o pedido seja a guarda. Seja guarda provisória ou definitiva, o magistrado deve expedir termo de guarda¹⁹³.

O menor assistido por indivíduo que não possui a atribuição legal está sob a forma de guarda fática e o ECA no § 1º do art. 33¹⁹⁴ prescreve a necessidade de regularização de tal situação¹⁹⁵.

A guarda estatutária ou protetiva é medida excepcional, que só deve ser aplicada depois de esgotados todas as tentativas de manter o menor de 18 anos junto aos pais biológicos. É medida aplicada na hipótese de pais que são omissos,

¹⁹⁰ TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível 70002241907, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 22-3-2001. Apud MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 214.

¹⁹¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215.

¹⁹² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 215.

¹⁹³ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217.

¹⁹⁴ Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais. § 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 3 jun. 2017.

¹⁹⁵ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 218.

negligentes, faltosos ou abusadores do exercício da autoridade parental¹⁹⁶, os arts. 98 e 101 do ECA disciplinam a medida.

A guarda em favor de família extensa, família ampliada ou família suplementar, representa a guarda que é transferida a um parente do menor, podem ser os avós, os tios ou os irmãos, é uma extensão da guarda parental¹⁹⁷.

Caso a família natural e conseqüentemente a extensa não tenha condições de permanecer com a guarda da criança ou do adolescente, de modo provisório e excepcional, poderá o menor ser colocado na modalidade de família substituta ou acolhimento familiar.

A família substituta ou o acolhimento familiar estão devidamente regulados no inciso VIII e § 1º do art. 101 do ECA¹⁹⁸. As pessoas ou famílias habilitadas para receber menores nessas condições devem estar previamente cadastradas e recebem termo próprio de guarda¹⁹⁹.

O chamado acolhimento institucional é utilizado em situações emergenciais, quando houver grave violação aos direitos da criança ou do adolescente. A guarda legal do dirigente da entidade de acolhimento institucional é medida que deve respeitar os princípios da excepcionalidade e da provisoriedade.

Não representa especificamente uma modalidade de guarda, mas o responsável pela instituição de acolhimento é igualado a condição de guardião, nos

¹⁹⁶ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 219.

¹⁹⁷ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 221.

¹⁹⁸ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; § 1º O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 3 jun. 2017.

¹⁹⁹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 223.

termos do art. 92, § 1º do ECA²⁰⁰ e a guarda exercida por ele é objeto de frequente observação²⁰¹.

A guarda da criança ou do adolescente estrangeiro é medida aplicada aos menores refugiados ou não, cujos pais se encontrem em situação semelhante ou estejam mortos. As pessoas da mesma nacionalidade ou os parentes do menor devem requerer a guarda e por serem oriundos do mesmo país, não se trata de família substituta estrangeira, mas modalidade de guarda que visa diminuir os efeitos negativos decorrentes das mudanças familiares e regularização jurídica dos menores²⁰².

Por todo o exposto as modalidades de guarda no Estatuto da Criança e do Adolescente visam a proteção integral e o melhor interesse dos menores, ainda que seja necessário o afastamento provisório ou definitivo dos pais.

²⁰⁰ Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de acolhimento familiar ou institucional deverão adotar os seguintes princípios: § 1º O dirigente de entidade que desenvolve programa de acolhimento institucional é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 3 jun. 2017.

²⁰¹ MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 224.

²⁰² MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 228.

3 ATRIBUIÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada passou por dois momentos distintos, inicialmente tivemos a Lei nº 11.698 de 2008 e depois a Lei nº 13.058 de 2014, que trouxeram mudanças ao Código Civil, especialmente ao Capítulo XI – DA PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS.

Na Lei nº 11.698/2008, a guarda compartilhada era muito confundida com a guarda alternada, espécie de guarda que não é aceita em nosso ordenamento jurídico. O Enunciado nº 604 da VII Jornada de Direito Civil²⁰³ confirma a diferença que existe entre as duas espécies de guarda. Com a edição da Lei nº 13.058/2014, a guarda compartilhada foi melhor conceituada pelo legislador.

O compartilhamento da guarda visa resguardar a importância da figura paterna e materna na criação dos filhos, mesmo após o fim do relacionamento amoroso, muda o pensamento de que a guarda deve ser exercida de modo unilateral pela mãe e também retira o pai da figura de provedor apenas. As alterações trazidas pela Lei de Igualdade Parental (Lei nº 13.058/2014) representam uma mudança de paradigma na nossa sociedade.

Tal mudança pode ser percebida em outras legislações, como por exemplo, a nossa Constituição Federal que passou a prever uma licença paternidade de 5 dias, quando a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) previa um dia. Antigamente a dispensa do empregado visava apenas o registro da criança. Atualmente seu papel se estendeu aos cuidados do filho, desde a mais tenra idade e auxílio à genitora no pós parto.

Nesse sentido, é possível perceber que a Lei nº 13.058/2014 demonstra uma reafirmação daquilo que a Constituição Federal traz, como mecanismo para assegurar a proteção à família, e compreender a Lei de Igualdade Parental possibilita entender a aplicação da jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça.

²⁰³ 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 nº 604 da VII Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/836>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

3.1 Lei de Igualdade Parental (Lei nº 13.058 de 2014)

A análise da Lei de Igualdade Parental permite compreender o que de fato a guarda compartilhada representa. A palavra compartilhar aplicada a guarda de filhos representa a responsabilidade dos genitores de forma integral, ou seja, eles dividem igualmente as funções inerentes ao desenvolvimento dos filhos, o artigo 1.583, § 1º do Código Civil conceitua o instituto²⁰⁴.

O elemento primordial é manter os laços entre pais e filhos, busca minorar os efeitos que a separação dos genitores causa na vida da criança ou do adolescente, ou mesmo nos casos em que os genitores nunca conviveram sob o mesmo teto²⁰⁵. Representa uma intervenção direta no desenvolvimento, educação e vida emocional do filho, que usufrui de maior segurança e amparo em todas as áreas de sua vida, lembrando que eles são os protagonistas da proteção integral²⁰⁶.

O direito à convivência familiar é um direito constitucional fixado no art. 227 da Carta Magna, garantindo de forma expressa à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à convivência familiar. A guarda compartilhada é a melhor forma de manifestação da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente²⁰⁷.

O § 2º do artigo 1.583 do CC²⁰⁸, trata do direito à convivência familiar, que não se resume ao antigo direito de visita, por oportunizar aos filhos o contato direto com ambos os genitores. Uma manifestação da convivência familiar é o cuidado dos pais em propiciar acomodações em suas residências para seus filhos, de tal modo, que o menor entenda perfeitamente que aquela também é sua casa, e que ele não é apenas

²⁰⁴ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²⁰⁵ LÉVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 54 apud ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 74.

²⁰⁶ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 74.

²⁰⁷ RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambres. **O Poder Familiar e a Guarda Compartilhada – Novos Paradigmas do Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 115.

²⁰⁸ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014). BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

uma visita²⁰⁹. Inclusive uma evolução é o uso do termo convivência, pois como imaginar um pai que visita seu filho e vice-versa, quando o que ocorre é um momento muito importante em que ambos têm a oportunidade de conviver em rotinas diárias.

Os Enunciados nº 603²¹⁰ e 606²¹¹ da VII Jornada de Direito Civil reforçam a necessidade de convívio com os filhos, buscando diminuir o abuso no exercício da autoridade parental e a divisão desproporcional de tempo, verificados na guarda unilateral.

A Lei nº 11.698/2008 estabeleceu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico, especificamente, no § 2º do art. 1.584 do CC que dizia: “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”²¹².

Ocorre que o termo “sempre que possível” acabou sendo um empecilho para a aplicação da guarda compartilhada, pois a interpretação era a de que, sem acordo entre os genitores a guarda não poderia ser aplicada.

Contudo a lei foi criada exatamente para alcançar os genitores que não tem diálogo. Para as famílias que conseguem manter suas diferenças e mesmo assim compõem acordos amigáveis, ou seja, sem precisar da intervenção do Estado, a lei nem mesmo faria sentido. Sendo assim, afirmar que a guarda compartilhada só pode ser aplicada aos casos em que não há litígio entre os genitores é um retrocesso, pois voltaríamos à mesma aplicabilidade descrita no texto da Lei nº 11.698/2008²¹³.

Com o advento da Lei de Igualdade Parental a aplicação da guarda compartilhada é regra, e com a nova redação que a Lei deu ao art. 1.584, § 2º do

²⁰⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 78.

²¹⁰ A distribuição do tempo de convívio na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2 do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitária entre os pais. **Enunciado nº 603 da VII Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/832>> Acesso em: 20 jul. 2017.

²¹¹ O tempo de convívio com os filhos "de forma equilibrada com a mãe e com o pai" deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um. **Enunciado nº 606 da VII Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/842>> Acesso em: 20 jul. 2017.

²¹² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²¹³ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 81.

CC²¹⁴, fica evidente que o compartilhamento será implementado mesmo sem consenso, bastando que os pais estejam habilitados ao exercício do poder familiar.

Corroborando com o entendimento de que o compartilhamento da guarda possui aplicabilidade de cunho obrigatório, temos a Recomendação nº 25, de 24 de agosto de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, de suma importância ao tema²¹⁵.

O § 2º do artigo 1.584 do CC, menciona ainda, que se um dos genitores manifestar que não tem interesse na guarda do filho, a mesma não se aplicará, sendo está a possibilidade de não compartilhamento.

Lembrando que no mesmo artigo, mas no § 1º²¹⁶, está expresso que na audiência de conciliação o juiz já deve informar os genitores a importância que a guarda compartilhada possui. O que infelizmente não acontece na prática, seja porque o magistrado não coaduna com a aplicação obrigatória da compartilhada, seja por uma questão cultural de exercício da guarda unilateral.

Outra novidade da Lei nº 13.058/2014, foi o § 3º do artigo 1.584 do CC²¹⁷, que possibilita um trabalho em conjunto do magistrado e equipe interdisciplinar, de modo a estabelecer as atribuições dos genitores e os períodos de convivência, evidente que

²¹⁴ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²¹⁵ RESOLVE: Art. 1º. Recomendar aos Juízes das Varas de Família que, ao decidirem sobre a guarda dos filhos, nas ações de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar, quando não houver acordo entre os ascendentes, considerem a guarda compartilhada como regra, segundo prevê o § 2º do art. 1.584 do Código Civil. § 1º Ao decretar a guarda unilateral, o juiz deverá justificar a impossibilidade de aplicação da guarda compartilhada, no caso concreto, levando em consideração os critérios estabelecidos no § 2º do art. 1.584 da Código Civil. BRASIL. RECOMENDAÇÃO nº 25, de 22 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/agosto/douinforme-25-08.2016>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²¹⁶ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²¹⁷ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

os pais podem indicar o que considerarem melhor, mas nos casos em que falta consenso e diálogo o trabalho em conjunto mostra-se muito eficiente²¹⁸.

A Lei nº 11.698/2008 inseriu o § 4º ao artigo 1.584 do Código Civil²¹⁹, mas foi a alteração trazida pela Lei de Igualdade Parental que trouxe melhor aplicação da sanção ao genitor que descumprir as cláusulas referentes à guarda. A lei fala em redução de prerrogativas ao guardião, sem definir exatamente o que pode ser adotado no caso concreto, uma opção é a aplicação de multa cominatória (*astrientes*), de modo a desestimular o inadimplemento das obrigações estabelecidas no acordo de guarda²²⁰.

É evidente que o genitor que descumpre com suas atribuições está em flagrante violação de seus deveres e exorbitando dos limites referentes ao exercício da autoridade parental, sendo assim, é possível aplicar medidas de proteção para fortalecer ou restabelecer os vínculos familiares, com base no art. 98, inciso II²²¹ e caput do art. 100²²² do ECA.

A Lei em análise, incluiu o § 6º ao artigo 1.584 do CC²²³, instituiu como obrigatório a prestação de informações a um dos genitores, independente de qual dos pais celebrou o contrato de prestação de serviço, inclusive o pagamento de multa se a instituição descumprir a exigência legal, trata-se do exercício do dever de vigilância²²⁴.

Quando pensamos no pagamento de alimentos, estamos tratando da solidariedade familiar. No Direito de Família temos os alimentos legais, previsto no

²¹⁸ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 87.

²¹⁹ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

²²⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 92.

²²¹ Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 23 jul. 2017.

²²² Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 23 jul. 2017.

²²³ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: § 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²²⁴ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 88.

caput do art. 1.694 do CC²²⁵, que decorrem de um vínculo de parentesco ou do fim de uma união afetiva, onde um dos integrantes tenha sido dependente economicamente no relacionamento²²⁶.

Os alimentos possuem natureza civil ou natural. Os alimentos civis visam garantir a subsistência, o padrão de vida do alimentado e, despesas educacionais se necessário, conforme o § 1º do art. 1.694 do CC²²⁷, sempre fixados de forma proporcional para alimentante e alimentado. Os alimentos naturais são exceção, pois representam o indispensável para subsistência do alimentado, estão previstos no § 2º do art. 1.694 do CC²²⁸. Nesse caso não há necessidade de manutenção do padrão de vida, como ocorre nos alimentos civis²²⁹.

Na fixação, cada genitor deve participar na proporção dos seus recursos, conforme o art. 1.703 do CC²³⁰. Além disso, a verba alimentar tem como característica a alternatividade, que está disposta no artigo 1.701 do CC que diz: “A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor”²³¹. A prestação dos alimentos deve sempre levar em consideração o binômio necessidade-possibilidade que está previsto no art. 1.694, § 1º do CC²³².

Com a edição da Lei de Igualdade Parental acreditava-se de forma errônea, que um dos pais ficaria isento de pagar a prestação alimentícia e conseqüentemente teria uma menor participação financeira ao optar pela guarda compartilhada.

²²⁵ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 jul. 2017.

²²⁶ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 96.

²²⁷ Art. 1.694. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 jul. 2017.

²²⁸ Art. 1.694. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 jul. 2017.

²²⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 96.

²³⁰ Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 jul. 2017.

²³¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 jul. 2017.

²³² ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 102.

O Enunciado nº 607 da VII Jornada de Direito Civil, afirma que “a guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia”²³³ e justifica o posicionamento ao afirmar que “guarda compartilhada refere-se às diretrizes de criação e educação do menor de forma geral, ao passo que a pensão alimentícia decorre da necessidade x possibilidade x probabilidade”²³⁴.

Segundo o art. 1.583, § 3º do CC²³⁵, há uma determinação da base de moradia do menor, após essa definição também se conclui que um dos genitores exercerá a custódia física do filho, o outro genitor deverá prestar os alimentos. Mesmo durante a vigência da Lei nº 11.698/2008, a prestação de alimentos na guarda compartilhada jamais foi afastada pelos tribunais²³⁶.

Vejamos que o compartilhamento permite uma maior participação dos pais e visa minimizar sobretudo a cultura de guarda unilateral da mãe, retirando o pai a figura de contribuinte apenas econômico, o que jamais significa eximir a responsabilidade que possui com o custeio das necessidades do menor.

Um exemplo de que a Lei de Igualdade Parental não diminui as responsabilidades do alimentante é que no período de férias em que a criança ou o adolescente fica com o genitor não guardião, a necessidade de pagar os alimentos permanece, pois entende-se que existem despesas fixas que não podem deixar de ser pagas de uma hora para outra, só porque a criança não está na base de moradia definida²³⁷.

É importante salientar que o binômio necessidade-possibilidade se aplica não só ao alimentante, mas ao genitor que embora não preste alimentos diretamente, está responsável pela manutenção do menor tanto quanto.

A ação de prestação de contas foi mais uma das inovações que a Lei de Igualdade Parental trouxe para o ordenamento jurídico no Direito de Família, ao inserir

²³³ **Enunciado nº 607 da VII Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/843>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

²³⁴ **Enunciado nº 607 da VII Jornada de Direito Civil.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/843>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

²³⁵ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 jul. 2017.

²³⁶ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103.

²³⁷ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada.** São Paulo: Saraiva, 2015, p. 104.

o § 5º ao art. 1.583²³⁸ do CC. A prestação de contas visa a defesa do melhor interesse da criança e do adolescente. São legitimados para requerer a prestação de contas, o genitor responsável pelos alimentos, o Ministério Público, e demais pessoas interessadas, por exemplo, os avós ou tios. O genitor responsável por gerir os alimentos deve prestar as informações que forem solicitadas²³⁹.

É necessário mencionar que o § 5º do art. 1.583 faz referência a guarda unilateral, mas não há nenhum impedimento que o instituto seja aplicado a guarda compartilhada, pois a possibilidade de exigir a prestação de contas decorre do exercício do poder familiar, ou seja, o genitor está zelando por todos os detalhes inerentes ao filho, incluindo saber se o valor dos alimentos que são pagos está sendo bem empregado²⁴⁰. O que permite inclusive verificar se a necessidade do menor está sendo atendida em sua totalidade.

Todavia a prestação de contas não deve ser utilizada para atingir o administrador dos alimentos. O instrumento tem como objetivo verificar a aplicação dos valores prestados ao filho. Caso ocorra algum desvio ou má gestão dos recursos o Poder Judiciário deve intervir.

As mudanças trazidas pela Lei de Igualdade Parental delimitaram melhor a guarda compartilhada, inclusive desmistificando alguns erros que os operadores do Direito costumavam cometer ao tratar do instituto, que é regra no Direito de Família e conhecer a legislação permite sua melhor aplicação ao caso concreto.

3.2 Divergência jurisprudencial no STJ e análise dos julgados

A jurisprudência e a doutrina tiveram papel fundamental na elaboração da Lei nº 13.058/2014 e a análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) são importantíssimos para a aplicação da guarda compartilhada. Sendo assim, para o desenvolvimento do presente tópico de estudo, foi realizada pesquisa no site do

²³⁸ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 jul. 2017.

²³⁹ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 113.

²⁴⁰ ROSA, Conrado Paulino da. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 115.

Superior Tribunal de Justiça (STJ), através do termo “guarda compartilhada” inserido no campo de pesquisa do Tribunal. Foram localizados 30 (trinta) acórdãos que tratam do tema Guarda Compartilhada, sendo o primeiro deles com sua decisão proferida em 25 de agosto de 2004, daí em diante, outros questionamentos foram levados até o STJ, com o intuito de dirimir os conflitos que envolvem a guarda de filhos.

O Recurso Especial (REsp) 1.251.0/MG²⁴¹, de 23 de agosto de 2011, é um marco. A Relatora do Recurso Especial foi a Ministra Nancy Andrighi e de forma unânime os demais Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) seguiram o mesmo posicionamento da Relatora.

O REsp 1.251.0/MG faz uma análise apurada sobre a guarda compartilhada, lembra que o instituto surgiu em face da busca pelo melhor interesse dos filhos, dando maior destaque ao exercício da autoridade parental conjuntamente. O Recurso

²⁴¹ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. Ausente qualquer um dos vícios assinalados no art. 535 do CPC, inviável a alegada violação de dispositivo de lei. 2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar. 8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas. 9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observadas as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas. 10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 11. Recurso especial não provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1.251.0/MG. Terceira Turma. Recorrente: R R F. Recorrido: AM P J DE S. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17109783&num_registro=201100848975&data=20110831&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 ago. 2017.

Especial fundamenta a grande maioria das demais decisões jurisprudenciais sobre guarda compartilhada proferidas após agosto de 2011.

A Relatora ensina que a guarda compartilhada inclui a custódia legal e física do filho e a delimitação dos dias em que a criança ou o adolescente estará com cada genitor. Tal divisão não pode ser confundida com a guarda alternada, instituto que, como já fora dito, não é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro como modelo de guarda. Acentua que a grande inovação da compartilhada é a administração conjunta da custódia física, essência do instituto.

Conclui que não há uma forma estanque de estipulação da custódia física, deve ser observado o caso concreto, as peculiaridades de cada genitor. Os arranjos precisam considerar o local de residência dos genitores, condições financeiras e a manutenção da rotina dos filhos.

Salienta que a formação da personalidade da criança e do adolescente é resultado da custódia física em conjunto, que permite a convivência com os genitores de maneira contínua. A Ministra conclui afirmando que “reputa-se como princípios inafastáveis a adoção da guarda compartilhada como regra, e a custódia física conjunta como sua efetiva expressão”.

Discorrendo sobre a necessidade de consenso, a Ministra afirma que os pais devem se esforçar para a efetivação da guarda compartilhada. Todavia, o momento da separação ou do divórcio é evidenciado pelas diferenças entre os cônjuges ou companheiros, mas as divergências pessoais devem ser tratadas por outros meios, exigir a composição entre as partes neste momento pode ser o mesmo que, relegar o melhor interesse do filho, que deverá estar acima das posições individuais.

A Relatora lembra que o trabalho interdisciplinar, mencionado no art. 1.584, § 3º do Código Civil, visa estimular o diálogo, ressaltar os ganhos que a guarda compartilhada dá aos filhos e delinear o exercício do poder familiar conjunto. Mesmo com todo o esforço dos envolvidos pode ser que o compartilhamento seja instituído mesmo na falta de consenso.

Ao analisar a necessidade de diálogo entre os genitores, a Relatora entende que a guarda compartilhada deve ser aplicada, mesmo que por imposição do Estado, observa que a determinação judicial é necessária para implementar um novo olhar à

sociedade, e assim, o texto legal não se transformará em letra morta, pois o principal sempre será o melhor interesse da criança e do adolescente.

Ao examinar o Recurso Especial nº 1.624.495/SP²⁴², de 15 de setembro de 2016, proferido pela Terceira Turma do STJ, também sob a relatoria da Ministra Nancy Andrichi, vemos um pequeno resumo de como a guarda compartilhada foi sendo introduzida em nosso ordenamento jurídico.

Relembra que em 2011 a Terceira Turma inaugurou o tema, como ideal para a criação de filhos de pais separados. Em seguida desmente aquele antigo pensamento de que a mãe que deve ter a guarda do filho, ressalta que a promulgação da Constituição Federal de 1988 também introduziu princípios importantes às relações familiares, com destaque ao melhor interesse do menor.

A Ministra afirma que após o julgamento dos Recursos Especiais nº 1.251.0/MG e nº 1.428.596/RS, ambos de sua relatoria, surgiram linhas de defesa no STJ que entendem que a guarda compartilhada não pode ser aplicada diante da falta de consenso dos pais. Cita como exemplo, o REsp nº 1.417.868/MG, que também será objeto de estudo neste trabalho.

Relembra que a fixação da guarda compartilhada visa impedir que o ascendente que detém a guarda unilateral, mantenha situações de conflito com o genitor não guardião exatamente para tentar impedir a adoção da medida de compartilhamento. Assevera que o genitor intransigente age em favor dos seus próprios interesses e ignora os do filho.

Nas palavras da Ministra, o novo § 2º do art. 1.584, do Código Civil, fixa a presunção *jure tantum*, no sentido de que havendo interesse por um dos pais em

²⁴² CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. I. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014). II. Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, tem o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil. III. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – *jure tantum* – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC). IV. Recurso conhecido e provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp. 1.624.495/SP Terceira Turma. Recorrente: K R K. Recorrido: R S F. Relatora: Min. Nancy Andrichi. Brasília, 15 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65268794&num_registro=201501516182&data=20160930&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 ago. 2017.

instituir a guarda compartilhada, a mesma deve ser aplicada. Isso porque, se um dos genitores intenta participar efetivamente de todo processo de educação e criação do menor, não se pode negar tal direito, preterindo um dos genitores em detrimento do outro. Incontestável que a Lei não ignora o caso concreto, mas a Relatora mais uma vez alega a necessidade de preservar o superior interesse do menor.

Observando o referencial duplo de parentalidade, podemos afirmar que o compartilhamento de ideias entre os pais poderá agregar valor ao desenvolvimento do menor, que terá seus interesses resguardados com a multiplicidade de pensamentos, que podem até ser divergentes, mas ao final convergem para o melhor interesse do menor.

A Ministra orienta que os juízes não privilegiam quem já possui a guarda unilateral, ou o genitor que tem maior convívio com o filho, uma vez que isso não representa impedimento para a guarda compartilhada. Ratifica que a escolha pela guarda unilateral deve ser exceção, em casos em que o genitor ou genitora não estão aptos ao exercício da autoridade parental, que deve ser devidamente provada.

Conclui-se que a guarda compartilhada deve preponderar nas ações de guarda, seja pela livre escolha dos genitores, pela imposição legal e, especialmente, por ser a espécie a que melhor atende ao melhor interesse da criança e do adolescente.

Após analisar os Recursos Especiais que foram providos mesmo diante da falta de consenso dos genitores, passaremos a análise do Recurso Especial nº 1.417.868/MG²⁴³, cujo Relator foi o Ministro João Otávio de Noronha.

²⁴³ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. DISSENSO ENTRE OS PAIS. POSSIBILIDADE. 1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente). 2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). 3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e desprovido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp. 1.417.868/MG Terceira Turma. Recorrente: B A C. Recorrido: L G M E OUTRO. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 10 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60906217&num_registro=201303769142&data=20160610&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 ago. 2017.

Inicialmente o Relator cita o REsp 1.251.000/MG, que foi analisado anteriormente, mas logo em seguida, o Ministro afirma que a regra prevista no precedente, “cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso”.

Em seu voto o Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha expõe dois pontos que julga como empecilho para o compartilhamento da guarda. Afirma que o recorrente não se mostrou compromissado com as responsabilidades que a guarda compartilhada exige e, só demonstrou interesse em regular suas visitas à filha e decidir sobre viagens com ela. Um segundo ponto suscitado pelo Ministro é que os genitores demonstram imaturidade, como se pode observar nas instâncias inferiores.

O Relator afirma não haver dúvidas de que a guarda compartilhada deve ser a regra, declarando que o instituto é o que mais acertadamente atente ao melhor interesse do menor. No entanto, o Ministro afirma que as questões de guarda de filhos tem natureza íntima e pode demandar soluções diferentes do que à doutrina e à jurisprudência propõe, uma vez que deve ser observado o caso concreto.

A sentença inicialmente proferida afirma que os genitores estão aptos ao exercício da autoridade parental, mas não conjuntamente, pois não se constatou a possibilidade de manterem um diálogo, afirma-se que no momento atual pai e mãe não estão considerando o melhor à criança, mas seus interesses pessoais.

O Ministro Noronha reitera que a escolha pela guarda compartilhada não pode ser concedida com base no que a doutrina e a jurisprudência entendem ser o melhor, e afirma que no caso concreto, impor o compartilhamento representa um risco ao desenvolvimento psicossocial da criança, que muito provavelmente vai ser alvo constante dos conflitos entre os pais.

O Relator do REsp nº 1.417.868/MG, concluí que por se tratar de relações familiares, a concessão da guarda compartilhada deve contemplar exceções, pois a prevalência é o interesse da criança.

Afirma que as instâncias ordinárias foram unânimes em não conceder a guarda compartilhada e, da mesma forma o Exmo. Ministro não vê motivos para estabelecer o compartilhamento, pois a vida das pessoas não deve se adequar a entendimentos doutrinários.

Juntamente com o Relator, os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiram de forma unânime, negar provimento ao Recurso Especial, por entenderem que a falta de consenso entre os genitores inviabiliza a aplicação da guarda compartilhada.

Após a análise dos julgados do STJ percebe-se que não há unanimidade das decisões envolvendo a guarda de filhos, mesmo após a Lei de Igualdade Parental garantir que o instituto deve ser a regra aplicada na regulamentação da guarda de filhos. Infelizmente o tema ainda gera controvérsias em nosso sistema jurídico e os julgados contrários a Lei demonstram um grave retrocesso, onde se privilegia o guardião unilateral, sem considerar que este possa criar e majorar os conflitos e o Judiciário não age efetivamente para fazer cessar tal conduta, como é o que se verificaria com a estrita aplicação da norma.

CONCLUSÃO

A guarda compartilhada é fruto das mudanças sociais, como uma resposta aos anseios dos genitores que embora não vivam em relação afetiva desejem participar efetivamente da vida dos filhos.

É um instituto relativamente novo, pois somente em 2008 tivemos a Lei nº 11.698, que veio regulamentar sua aplicação. Passados alguns anos e percebendo a sua inaplicabilidade na maioria dos casos em oposição ao anseio social, foi editada a Lei nº 13.058 de 2014, para particularizar alguns aspectos que suscitavam dúvidas.

A aplicação da guarda compartilhada é permeada por princípios constitucionais e infraconstitucionais, por exemplo, dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, afetividade, proteção integral, e sobretudo o melhor interesse da criança e do adolescente.

A guarda de filhos era vista como uma responsabilidade materna, quando da dissolução do casamento ou da união estável, mas a igualdade parental e as relações familiares fundadas no afeto estão transformando o modo de enxergar a criação dos filhos.

Assim, o modelo passou a ser regra, quando se discute a fixação de guarda dos menores, exceção é a guarda unilateral. Demonstra-se ao longo do tempo que o convívio com ambos os genitores é melhor para o desenvolvimento da personalidade do menor, significa um duplo referencial para auxiliar na formação intelectual, educacional, sentimental e espiritual da criança ou do adolescente que tem seus pais separados.

Observe que a separação dos genitores e o conflito existente entre eles não pode ser um óbice ao convívio com os filhos. Essa afirmação é que tem suscitado diferentes questionamentos na jurisprudência brasileira, pois existe uma divergência nos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Os julgados analisados neste trabalho se dividem entre dois pensamentos, em primeiro plano aqueles que entendem pela aplicação da guarda compartilhada, mesmo que os pais estejam em conflito ou divergência de pensamentos. Em um segundo plano, existem magistrados que não coadunam com o compartilhamento da guarda, diante da falta de consenso entre os genitores.

Veja que mesmo nos casos em que a guarda única é aplicada, os conflitos entre os genitores não são dirimidos, ao contrário, eles permanecem ocorrendo. O consenso entre genitores não ocorre pelo tipo de guarda escolhido, mas pelo esforço pessoal de cada um em buscar uma relação mais equilibrada mesmo após a dissolução do casamento ou da união estável.

A mudança de paradigma sobre a aplicação da guarda compartilhada deve começar nos escritórios de advocacia, com a devido esclarecimento do instituto as pessoas que pretendem pleitear a guarda de seus filhos, evidenciando que o instituto preza pelo melhor interesse da criança e do adolescente.

Vale ressaltar que não é papel do advogado inflamar ainda mais os conflitos familiares, ao contrário, este possui papel fundamental na orientação do cliente, para aclarar as responsabilidades do modelo de compartilhamento. Posteriormente nas salas de audiência, juízes e promotores devem explicar aos genitores o que de fato é a guarda compartilhada, demonstrando inclusive a importância que a mesma tem para o menor.

O instituto não é uma espécie “de ganha ou perde”, é na verdade um ganho para todos, o principal beneficiado é o filho, que ganha no desenvolvimento da sua personalidade, por ter dois referenciais, por poder contar com ambos os genitores, resguardando seus interesses, participando da vida do filho como integrantes da história em construção e não apenas meros espectadores do caráter em formação.

A criança ou adolescente ganha ao conviver mais de perto com a parentela de ambos os genitores, ganha por contar com a atenção que não se restringe apenas aos finais de semana intercalados, ganha em afeto e carinho dúplice, ganha por ter um convívio com os dois lares, enfim, os ganhos são enormes se comparados com a perda que a unilateral representa.

O consenso que se discute no Superior Tribunal de Justiça parece desnecessário quando a própria Lei de Igualdade Parental afirma que o compartilhamento da guarda é regra.

Somente se um dos genitores não quiser expressamente a guarda do filho, ou se não puder exercer a autoridade parental é que o instituto não será aplicado.

Evidente que o momento da separação entre os genitores pode gerar conflitos que se propagam no tempo, em razão das mágoas e lembranças que cada um alimenta nas mais diversas proporções. Entretanto, a guarda compartilhada trata da criança e do adolescente e não das expectativas frustradas de cada um dos pais, não devendo portanto ser opostas aqueles que não vivenciam os mesmos sentimentos.

Isso porque, para o menor, cada um dos seus genitores possui uma imagem própria de afeto e dependência, não devendo viver em conflito para agradar a este, mais do que aquele. Com o compartilhamento o filho tem a oportunidade de desenvolver e demonstrar laços afetivos próprios e não baseados na visão que um dos ex-conviventes, tem do outro.

Em muitos casos a não aplicação da guarda compartilhada é tudo que o genitor guardião unilateral deseja e para manter com o modelo de guarda atual, não medirá esforços para inclusive ampliar o descenso e assim alcançar seu interesse pessoal. O Estado e o MP, na posição de *custos legis*, ou seja, o guardião da lei, jamais poderá concordar com os caprichos de um genitor que usa o conflito para retirar do outro o exercício do poder familiar.

É necessária uma análise muito profunda para se afirmar que a falta de consenso entre os pais é motivo suficiente para privar o menor do convívio com seus genitores.

Não foi em vão que a própria Lei nº 13.058/2014 tratou da interdisciplinaridade, pois o conflito familiar para ser considerado motivo suficiente para impedir o compartilhamento deve ser comprovado com um amplo acompanhamento psicossocial dos envolvidos. Impedir a guarda compartilhada é infringir direitos constitucionais e princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

Sabemos que em muitas ocasiões, o próprio Estado privilegia, não sem motivo, a figura principalmente das mães que são chefes de família e criam seus filhos sozinhas, exemplo claro se dá na política habitacional para famílias de baixa renda que possuem parcela especial do programa destinado para estas mulheres.

Não se nega com a Lei de Igualdade Parental a situação de fato das últimas gerações, mas se vislumbra um avanço em que a sociedade só tem a ganhar. Vejamos que aquele genitor que não desejar, não está obrigado a viver no âmbito do

compartilhamento, pois poderá declinar da aplicação do instituto, sem maiores justificativas.

Em contrapartida, aqueles que decidem por seu exercício devem estar preparados para tanto. Inclusive, a lei prevê os casos de intervenção do Judiciário para fazer cessar qualquer exorbitância e o descaso no exercício da guarda.

Ademais, os pais passam a ser um fiscal do outro, pois acompanham todas as decisões inerentes ao interesse do filho, não podendo um deles, a seu critério, deixar de buscar o melhor interesse do menor.

Além disso, é possível perceber que a divisão de responsabilidades acaba por tirar toda a carga antes suportada por um único genitor. A partir do compartilhamento, temos um duplo erro ou um duplo acerto, a cobrança não recai sobre o guardião unilateral.

O presente trabalho apresentou em seu primeiro capítulo a evolução histórica, os princípios aplicáveis ao Direito de Família e a natureza jurídica do instituto. No segundo capítulo foram abordadas as espécies de guarda e autoridade parental e no terceiro e último foi feita a análise das leis e apresentados os julgados do STJ, inclusive a divergência jurisprudencial.

Assim, é possível chegar ao entendimento de que a lei vigente prevê a guarda compartilhada como regra, não podendo ser oposto como óbice à sua aplicabilidade a ausência de consenso entre os pais.

Nesse sentido, explanamos o entendimento de que não seria necessária a edição da Lei nº13.058/2014, se o consenso fosse requisito para o deferimento da compartilhada, pois bastaria manter a legislação de 2008, que já previa o compartilhamento com a condicional.

Os julgados contrários à aplicação, demonstram ao longo de sua fundamentação pontos bem relevantes para a decisão final, não poderia ser diferente, pois o Direito é uma ciência humana. Entretanto, as mesmas circunstâncias fáticas não se verificam na maioria dos casos em análise pelo Judiciário.

O mais comum é verificar o guardião unilateral, mantendo a situação belicosa, para justificar inaplicabilidade do compartilhamento, o que não se pode aceitar, sob pena de sacrificar aquele que deve estar resguardado em seus interesses, o menor.

Considerando que a lei possui mecanismos de intervenção estatal para decidir quando os guardiões não chegarem à um consenso, a mesma deve ser aplicada. É preciso avaliar principalmente os ganhos para a criança e adolescente. Se a sociedade anseia por uma família em que as relações afetivas sejam privilegiadas, é possível criar cenários propícios a tal desenvolvimento.

Ninguém se envolve emocionalmente com alguém que não conhece, que não convive. O cuidado, o respeito, o amor, o companheirismo e proteção, são sentimentos construídos ao longo do convívio diário, possibilitado pelo compartilhamento da guarda.

Por fim, entendemos que a guarda deve ser aplicada principalmente por estar prevista em uma lei que foi editada pra suprir os anseios e mudanças sociais. Por ser o meio de possibilitar a convivência e participação efetiva de ambos os genitores na formação dos filhos.

Negar vigência seria torná-la letra morta. Seria violar a independência e harmonia entre os poderes Legislativo e Judiciário. Seria deixar de atender a demanda da sociedade por tal evolução. Seria retroceder ao momento em que a mães são majoritariamente guardiãs dos menores. Seria um efetivo retrocesso, uma involução e não é isso que a sociedade deseja merece por aqueles que trabalham em seu favor.

Tanto o Legislativo ao editar a lei, quanto o Judiciário ao aplica-la laboram em prol do Estado democrático de direito, onde a lei não pode ser vilipendiada, sob pena de grave insegurança jurídica, pois o direito posto precisa ter efetiva aplicabilidade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração dos moços**. Rio de Janeiro: Elos, 1961.

BRASIL. **Constituição (1988) da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 mai. 2017.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Convenção sobre Direitos da Criança**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710>. Acesso em: 9 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 9 maio 2017.

BRASIL. **Enunciado nº 604. VII Jordana de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/836>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

BRASIL. **Enunciado nº 603 da VII Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/832>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. **Enunciado nº 606 da VII Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/842>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. **Recomendação nº 25**, de 22 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/agosto/douinforme-25-08.2016>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**, REsp nº 1.251.0/MG Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=17109783&num_registro=201100848975&data=20110831&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**, nº 1.624.495/SP. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 15 de setembro de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65268794&num_registro=201501516182&data=20160930&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**, nº 1.417.868/MG. Terceira Turma. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Brasília, 10 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=60906217&num_registro=201303769142&data=20160610&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 26 ago. 2017.

CONSTANCE, Paula de Sousa; AOKI, Raquel Lima de Abreu; SOUZA, Tatiana Ribeiro de Souza. Uma Nova Perspectiva dos Direitos da Criança à Luz da Interpretação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista Iniciação Científica**, n. 1. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/iniciacaocientifica/>>.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.6.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 54.

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

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. rev. e atual. conforme Leis n. 12.010/2009 e 12.594/2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIGUEL, Jamil. **A guarda compartilhada agora é regra: comentários à Lei 13.058/2014**. Campinas, SP: Millennium, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 5.5.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **O poder familiar e a guarda compartilhada novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

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

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo Método, 2013. v. 5.