

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MIGUEL COLOMBY DA ROCHA

O PERCURSO HISTÓRICO DA GUARDA NO BRASIL E AS PERSPECTIVAS
PARA A EFETIVAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

CURITIBA

2020

MIGUEL COLOMBY DA ROCHA

O PERCURSO HISTÓRICO DA GUARDA NO BRASIL E AS PERSPECTIVAS
PARA A EFETIVAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Elimar Szaniawski

CURITIBA

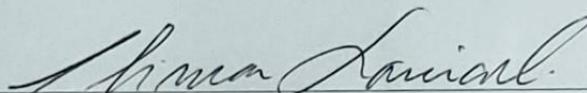
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

O PERCURSO HISTÓRICO DA GUARDA NO BRASIL E AS PERSPECTIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DA GUARDA
COMPARTILHADA

MIGUEL COLOMBY DA ROCHA

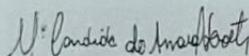
Monografia aprovada como requisito parcial para
obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade
de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade
Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ELIMAR SZANIAWSKI

Orientador

Coorientador



MARIA CÂNDIDA PIRES VIEIRA DO AMARAL KROETZ

1º Membro

EROLTHS CORTIANO JUNIOR

2º Membro

RESUMO

O trabalho objetiva analisar a situação atual da guarda no direito de família brasileiro. Parte de uma análise do desenvolvimento histórico da guarda na legislação, na doutrina e na jurisprudência do país para verificar quais os caminhos percorridos até o momento atual por este instituto no país. Identifica os problemas já superados e aqueles que necessitam ainda de resolução para que o instituto da guarda venha a ser aplicado de forma a preservar o melhor interesse dos menores. Consequentemente, busca compreender qual o modelo de guarda mais adequado a ser aplicado na ocasião de litígio entre os pais, concluindo que, em regra, este modelo é a guarda compartilhada. Na sequência, estuda os limites para a aplicação da guarda compartilhada, questionando em quais casos ela não deve ser aplicada e conclui que esta deve ser uma análise casuística e que o litígio entre os pais não deve, em regra, afastar o compartilhamento da guarda. Por fim, nos casos de aplicação da guarda compartilhada, o presente trabalho verifica, com uma abordagem multidisciplinar, de que forma esta aplicação deve ocorrer para melhor atender ao interesse dos menores. Conclui-se que a convivência equilibrada entre pais e filhos é o modelo que melhor atende aos objetivos do compartilhamento da guarda.

Palavras-chave: Direito de Família. Guarda. Guarda Compartilhada. Princípio do Melhor Interesse.

ABSTRACT

The work aims to analyze a current situation of custody in Brazilian family law. It begins with an analysis of the historical development of the child custody in the legislation, legal doctrine and jurisprudence of the country, to verify which paths have been taken up to the present moment of the institute in the country. Identifies the problems that have already been overcome and those that remain to be resolved until the custody institute be used in order to allow the best interests of child. Consequently, it seeks to understand which custody model is most appropriate to be applied in case of a litigation between parents, concluding that this model is the joint custody. This research studies the limits for the application of the joint custody, questioning in which cases it should not be applied and concludes that this must be a case-by-case analysis and that the quarrel between parents should not block joint custody. Finally, in the cases of application of joint custody, the present work verifies, with a multidisciplinary approach, how this application should happen to attend the best interest of child. Concludes that the balanced split of the time that a child spends living with each of the parents is the model that best meets the objectives of joint custody.

Keywords: Family Law. Child custody. Joint Custody. Principle of the best interests of the child.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	HISTÓRICO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E DA GUARDA DOS FILHOS BRASIL DO SÉCULO XX	9
2.1	A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O NOVO DIREITO DE FAMÍLIA...	18
2.2	NOVO PARADIGMA APLICADO À GUARDA – ENTRE AS DECISÕES NOVENTISTAS E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	21
3	A GUARDA NA ATUALIDADE – CONCEITO E MODALIDADES DE GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO	28
3.1	GUARDA UNILATERAL.....	31
3.2	GUARDA COMPARTILHADA.....	33
3.2.1	A ausência de consenso como óbice à aplicação da guarda compartilhada...	35
3.2.2	A residência dos genitores em cidades distintas como óbice à aplicação da guarda compartilhada.....	43
3.2.3	A expressão efetiva da guarda compartilhada.....	46
4	CONCLUSÃO	54
	REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

A família é a base da sociedade, como acertadamente preceitua a Constituição Federal brasileira¹. A expressão “família”, no entanto, assume distintos significados a depender do tempo e do lugar onde é empregada. Como ponto em comum, temos que nas mais diversas sociedades e culturas, é a família que introduz o indivíduo ao mundo e lhe apresenta valores morais, crenças e costumes, educando-o desde a mais tenra idade.

Posto isto, vemos que em qualquer que seja a família, em qualquer que seja a sociedade, em qualquer que seja o tempo, todo observador atento perceberá que há uma grande responsabilidade dos pais (e dos demais familiares, a depender do arranjo familiar) em relação aos filhos menores. A natureza, a extensão, a forma e o exercício desta responsabilidade, entretanto, varia de acordo com a sociedade observada.

A cultura ocidental moderna, de um modo geral, indica historicamente uma opção por uma responsabilidade compartilhada dos pais pela criação dos filhos menores. Em que pesem eventuais discussões – pertinentes e relevantes – sobre os papéis efetivamente exercidos pelo homem e pela mulher, fato é que durante séculos a família ocidental poderia se constituir apenas pelo matrimônio, indissolúvel, e apenas dentro deste matrimônio é que a sobrevivência de filhos seria verdadeiramente lícita, ocasionando uma responsabilidade mútua entre os cônjuges pela criação, educação e proteção dos menores.

É evidente, entretanto, que este modelo idealizado nem sempre se concretizou, e nem sempre se concretiza nas famílias. As situações existenciais vão muito além de um ideal social ou de um modelo juridicamente apreendido. Casamentos e relacionamentos estáveis se desfazem, crianças nascem de relações não sacramentadas e descontínuas, pais e mães por vezes se demonstram incapazes de criarem seus filhos, e isto não é uma novidade do século XXI.

Dito isto, como garantir que as funções familiares mais elementares – a proteção, a educação e o sustento dos menores – sejam adequadamente exercidas,

¹ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”. BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

quando este modelo idealizado não se faz presente e os pais dos menores não residem sob o mesmo teto?

Esta é a pergunta que os dois capítulos deste trabalho pretendem responder. O primeiro capítulo procura fazê-lo de uma perspectiva histórica, investigando as diversas tentativas do direito de família em resolver a situação da guarda dos filhos de pais que não convivem sob o mesmo teto para entender como se chegou ao paradigma atual e os desafios que foram superados para que o melhor interesse da criança e do adolescente estivesse finalmente como pauta central no direito de família.

O segundo capítulo analisa a perspectiva atual, enfrentando a questão relativa à modalidade de exercício da guarda que melhor atende aos interesses dos menores – se unilateral ou compartilhada. Observa-se que a guarda compartilhada apresenta inúmeros benefícios frente à guarda unilateral. Não obstante, neste capítulo se enfrentam às questões relativas aos óbices para o exercício da guarda compartilhada – seja a animosidade entre os pais, seja a distância entre a residência destes – e, por fim, discute-se como a guarda compartilhada realmente pode ser efetivada no Brasil e qual a sua verdadeira expressão.

O trabalho todo se realiza através de uma metodologia que busca alinhar a compreensão da influência dos eventos históricos na atualidade intercalando com o conhecimento jurídico e multidisciplinar disponível para verificar como atender ao melhor interesse dos menores quando da fixação da guarda, especialmente na modalidade compartilhada.

2 HISTÓRICO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E DA GUARDA DOS FILHOS BRASIL DO SÉCULO XX

Para analisar a perspectiva histórica das relações familiares no Brasil, é necessário entender o papel exercido pela instituição familiar² no país. Sobre o assunto, Gilberto Freyre considera a família como principal força social e fator colonizador no país desde o século XVI.³

É possível compreender que, ao menos no período entre o século XVI e o início do século XX⁴, a família exerceu papel central na sociedade e na economia brasileira. Nesta época, segundo Ruzyk e Bonfim, as famílias tinham “[...] funções institucionais de transmissão de *status* e patrimônio.”⁵ Almeida e Rodrigues Júnior apontam, neste mesmo sentido, que “[...] o ter prevalecia sobre o ser.”⁶

A família tinha características distintas daquelas observadas atualmente. Conforme os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, durante o período compreendido entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX, ao menos 95,01% da população brasileira professava a religião católica, e no ano de 1890, este número chegou a 98,93% da população.⁷

Estes fatos não influenciavam somente a instituição familiar em termos sociológicos, mas refletiam na seara jurídica. Isto porque, como reflete Pontes de Miranda, “[...] a Religião, a Moral e os costumes de família, processos sociais estáveis e estabilizadores, predeterminam, em grande parte, a legislação estatal sobre a família.”⁸

Ora, se a religião, a moral e os costumes refletem na legislação estatal sobre a família, havia, naturalmente, uma forte influência da moralidade católica no modelo

² A expressão “instituição familiar” é aqui utilizada como conceito sociológico, e não em termos jurídicos.

³ FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48. ed. Recife: Global Editora, 2003. p. 81.

⁴ A primeira edição da obra de Gilberto Freyre foi editada em 1933.

⁵ RUZYK, C. E. P.; BONFIM, M. A. B. Uma análise do Recurso Extraordinário nº 878.694 à luz do direito fundamental à liberdade: qual espaço para a autodeterminação nas relações familiares? **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 22, out./dez. 2019. p. 156.

⁶ ALMEIDA, R. B.; RODRIGUES JÚNIOR, W. E. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 10. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522489916/>. Acesso em: 08 dez. 2020.

⁷ IBGE. **Recenseamento geral de 1940**. v. 2: censo demográfico: população e habitação. Rio de Janeiro: IBGE, 1950.

⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. v. 1. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 81.

de família que era reconhecido juridicamente àquela época⁹, embora tenha havido forte resistência do clero católico ao Decreto nº. 181 de 24 de Janeiro de 1890, através do qual restou regulamentado o casamento civil no Brasil¹⁰, pois até então as regras canônicas eram as que regiam os atos nupciais.¹¹

Como resultado desta influência, é de se ressaltar que o casamento, caracterizado pela indissolubilidade era a única forma pela qual a família era reconhecida legitimamente pelo direito¹², ou seja, era a única forma sob a qual a família podia se constituir, seja sob a égide do Decreto nº 181 de 24 de Janeiro de 1890, do Código Civil de 1916 ou mesmo da Constituição de 1934.¹³

Pereira descreveu este modelo de família influenciado pela religião católica e apreendido pelo direito: “[...] a ideia que circundava a família para o ordenamento jurídico brasileiro até meados do século XX seguia predominantemente um modelo transpessoal, hierarquizado, patrimonial, heterossexual e patriarcal.”¹⁴.

Este modelo de família, caracterizado pela transpessoalidade, desprezava as individualidades. O importante era proteger a família em si, e não necessariamente os seus membros enquanto sujeitos de direitos – o interesse familiar se sobrepunha aos interesses individuais.¹⁵

Como consequência destas características, o homem exercia um papel de chefe da família, conforme ditava o Código Civil¹⁶, enquanto a mulher, conforme

⁹ Esta influência se torna evidente quando se observa que o modelo familiar era exclusivamente constituído pela união de um homem e de uma mulher através do casamento, que era indissolúvel, tal qual o matrimônio católico permanece até os dias de hoje.

¹⁰ “Os padres consideraram o casamento civil como uma verdadeira afronta aos direitos dos católicos e um atentado à liberdade da sociedade. Casar no civil era visto como um atentado aos bons costumes da família cristã, e uma ‘mancebia legalizada’” SILVA, Maria Conceição da. *Catolicismo e casamento civil na Cidade de Goiás: conflitos políticos e religiosos (1860-1920)*. **Revista Brasileira de História**, São Paulo. vol. 23, núm. 46, 2003. p. 136.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 51.

¹² “Vínculos extramoniais sempre foram tolerados, mas nunca reconhecidos. As raras referências legais se limitavam a negar a essas uniões quaisquer benefícios.”. DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 202.

¹³ Art. 144 da CF/1934: “Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.”. BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

¹⁴ PEREIRA, Jacqueline Lopes. **A família solidária no quadro contemporâneo da pluralidade de entidades familiares**. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 20.

¹⁵ ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, op. cit., p. 8.

¹⁶ Redação original do art. 233: “O marido é o chefe da sociedade conjugal.”. BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Seção 1, p. 133. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

aponta Maria Berenice Dias, inclusive “[...] para trabalhar, precisava de autorização do marido.”¹⁷. Montemezzo escreve ainda que “a mulher [...], no Código Civil de 1916 era tratada juridicamente como um ser incapaz”.¹⁸

Como se vê, o Código Civil de 1916 restringia severamente os direitos das mulheres, relegando-as a um papel de segundo plano na família, o que se manteve mesmo com o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), pois o marido continuou a ser considerado chefe da sociedade conjugal¹⁹. Eram ainda piores as restrições aplicadas pela legislação à mulher não casada²⁰.

Não obstante, a concepção de família apreendida pelo direito não era prejudicial somente às mulheres, mas também aos filhos. Se hoje o paradigma do direito de família é de proteção integral aos direitos da criança e do adolescente, muito diversa era a situação jurídica que constava no Código Civil de 1916. Sequer havia igualdade de direitos em relação aos filhos, que eram classificados como legítimos, legitimados, ilegítimos ou adotivos. Lucchese explica as categorias nas quais os filhos eram classificados:

[...]~legítimos - os gerados dentro do casamento; legitimados – eram os filhos naturais que, apenas em situações específicas, poderiam ser reconhecidos pelo próprio pai ou mãe (o filho jamais poderia reivindicar em juízo seu estado de filiação); ilegítimos ou naturais – nascem de pessoas não ligadas pelo matrimônio. Os filhos ilegítimos ainda se dividiam em naturais e espúrios. Os naturais eram os nascidos fora do matrimônio, resultantes da união de duas pessoas que não se casaram, mas poderiam fazê-lo, porquanto inexistente qualquer impedimento para tal.²¹

Estas classificações refletem o caráter patriarcal da família e a supremacia absoluta do casamento. Ora, como a autora apontou, não era sequer lícito que os filhos havidos fora do casamento postulassem seu estado de filiação. Destaca-se, ainda, que em determinados casos, era negado o reconhecimento da paternidade, ainda que fosse isto de vontade do pai, como no caso dos filhos espúrios, que “[...]”

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 102.

¹⁸ MONTEMEZZO, Francielle Pasternak. **O reconhecimento da família homossexual no ordenamento jurídico brasileiro**. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 19.

¹⁹ Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

²⁰ MONTEMEZZO, op. cit, p. 19.

²¹ LUCCHESI, Mafalda. Filhos – Evolução até a plena igualdade jurídica. In: **10 anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos**. v. 1, Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 232-233.

eram os que decorriam da união de duas pessoas impedidas para o matrimônio. Estes filhos [...] não poderiam ser reconhecidos.”²², exceto para o fim de prestação de alimentos, como apontou a mesma autora²³ e confirmava a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁴. Deste modo, se vê que a classificação do Código Civil não era meramente exemplificativa – já seria abominável se assim o fosse – mas separava os filhos em castas, como aponta Szaniawski.²⁵

Se a situação de desproteção atingia os filhos ilegítimos de forma direta, os filhos legítimos e legitimados também não viam resguardados os seus interesses. Como reflexo destas desproteções, o poder familiar (nomeado, ainda, de pátrio poder)²⁶, conferido inicialmente exclusivamente ao homem durante o casamento, conforme a redação original do Código de 1916²⁷, e posteriormente concedido primordialmente ao homem, permitida a colaboração da mulher²⁸, não era exercido em atenção ao melhor interesse dos filhos.

Sobre este assunto, Almeida e Rodrigues Júnior aduzem que

[...] vale destacar a sujeição em que também se encontravam os filhos. O pátrio poder, cuja titularidade se encontrava com o pai, compreendia prerrogativas extremadas; [...] Os filhos colocados na posição de essencial força de trabalho tinham desmerecida sua qualidade de verdadeiros sujeitos, tal como ocorria com a esposa. A hegemonia era masculina – tanto como pai quanto como marido. E isso justamente porque, refrise-se, este era o sujeito propulsor da aquisição patrimonial.²⁹

²² Ibidem, p. 233.

²³ Ibidem, p. 235.

²⁴ “É infundado o recurso extraordinário, porque a decisão apenas reconheceu, pelos meios admitidos no Cod. Civ., a filiação espúria, para condenar o pai à prestação de alimentos.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 17.689 - Rio de Janeiro. Relator: Hahnemann Guimarães. Rio de Janeiro, 20 de outubro de 1953. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=119314>. Acesso em 28. nov. 2020.

²⁵ O autor tece ainda fortes críticas à sociedade da época, conforme: “em relação aos filhos, eram estes classificados em verdadeiras castas, entre as quais havia os filhos espúrios, em que se inseriam os filhos adúlteros e incestuosos, aos quais eram negados o direito de filiação e o direito sucessório, verdadeiros párias da hipócrita sociedade burguesa em ascensão”. SZANIAWSKI, Elimar. Diálogos com o direito de filiação brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 42.

²⁶ Não se ignora que, à época do Código Civil de 1916, o Poder Familiar era nomeado de Pátrio Poder. Sobre o assunto, Dias escreve que: “A expressão ‘poder familiar’ adotada pelo Código Civil corresponde ao antigo pátrio poder”. DIAS, op. cit., p. 460.

²⁷ “Art. 380. Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido, como chefe da família (art. 233), e, na falta ou impedimento seu, a mulher.”. BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Seção 1, p. 133. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

²⁸ DIAS, op. cit., p. 460.

²⁹ ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, op. cit., p. 8.

Havia na codificação um evidente viés voltado em absoluto para os interesses paternos, em detrimento dos interesses maternos e aos dos filhos. Sobre o assunto, Szaniawski explica que “[...] o pátrio poder outorgava ao pai apenas poderes, mas nenhum dever em relação aos filhos, à exceção do dever de prover pelo seu sustento e educação.”³⁰.

Estas características da família brasileira apreendida pelo direito até meados do século XX tem reflexos evidentes no assunto da guarda dos filhos no Brasil. O Decreto Lei nº 181, que regulamentou o casamento civil no Brasil, trazia a questão da guarda dos filhos – ainda referida impropriamente como posse – disciplinando-a de forma diretamente ligada com a questão da culpa pelo fim do relacionamento, seja em seu art. 90³¹, que disciplinava que a sentença do divórcio litigioso³² faria com que o filho fosse entregue ao cônjuge inocente, seja em seu art. 96³³, que determinava o mesmo na hipótese de nulidade ou anulação do casamento, podendo a mãe mantê-los consigo até os três anos de idade.

Haviam duas exceções, uma delas notadamente estabelecida no art. 85, § 3^o³⁴, que determinava que na hipótese de divórcio consensual os pais deveriam acordar quando à posse dos filhos. A outra foi estabelecida pelo art. 95³⁵, e

³⁰ SZANIAWSKI, Elimar. Diálogos com o direito de filiação brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 65.

³¹ “Art. 90. A sentença do divorcio litigioso mandará entregar os filhos communs e menores ao conjuge innocente e fixará a quota com que o culpado deverá concorrer para educação delles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, si esta for innocente e pobre.” BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181impressao.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

³² Sobre o divórcio, é necessário atentar para o art. 88: “Art. 88. O divorcio não dissolve o vinculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos e faz cassar o regimen dos bens, como si o casamento fosse dissolvido.” BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181impressao.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

³³ “Art. 96. Si, porém, tiver havido culpa de um dos contrahentes, só ao outro competirá a posse dos filhos, salvo si o culpado for a mãe, que, ainda neste caso, poderá conserval-os comsigo até a idade de 3 annos, sem distincção de sexo.” BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181impressao.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

³⁴ “Art. 85. Para obterem o divorcio por mutuo consentimento deverão os conjuages apresentar-se pessoalmente ao juiz, levando a sua petição escripta por um e assignada por ambos, ou ao seu rogo, si não souberem escrever, e instruida com os seguintes documentos: [...] § 3º A declaração do accordo que houverem tomado sobre a posse dos filhos menores, si os tiverem.” BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181impressao.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

³⁵ “Art. 95. Declarado nullo ou annullado o casamento sem culpa de algum dos contrahentes, e havendo filhos communs, a mãe terá o direito á posse das filhas, emquanto forem menores, e a dos filhos até completarem a idade de 6 annos.” BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181impressao.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

determinava que na ocorrência de anulação do casamento sem culpa dos contraentes, as filhas deveriam ficar com a mãe enquanto menores, e os filhos até os 6 anos de idade.

As disposições iniciais do Código Civil de 1916 não trouxeram alteração, mantendo o mesmo sistema³⁶. Abriu-se, entretanto, a possibilidade de que o juiz dispusesse de modo diferente em havendo motivos graves, como estabelecia em seu art. 327: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles para com os pais.”.

É de se observar, porém, que embora tenha sido introduzido na legislação um permissivo para que houvesse decisão no interesse dos filhos, era necessário que houvessem “motivos graves”, o que demonstra que havia uma preocupação mínima com o bem-estar do filho – era necessário apenas que este estivesse protegido, mas não que seus melhores interesses fossem adequadamente atendidos. Pontes de Miranda colaciona trecho de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, ainda na década de 1930, no qual fica evidente que a legislação era interpretada de forma estrita:

A 4ª Câmara, a 27 de janeiro de 1937 (107/231), decidiu: "A faculdade outorgada ao juiz para regular a guarda dos filhos, em caso de desquite, está subordinada à existência de motivos graves que aconselhem o seu exercício. Não pode, assim, ser usada quando há cônjuge inocente e nada existe em desabono do seu procedimento."³⁷

Da leitura deste excerto, fica evidente que, na prática, não obstante que não fosse do melhor interesse do menor, a guarda seria exercida pelo cônjuge inocente se nada desabonasse gravemente a sua conduta.

A preocupação com o bem-estar dos filhos era tão pequena que era possível a perda do pátrio poder pela mãe sem que algo desabonasse sua conduta, desde que

³⁶ A redação original dos artigos, antes da redação do Estatuto da Mulher casada, dispunha o seguinte: “Art. 325. No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigável, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 326. Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. § 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos. § 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.”. BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Seção 1, p. 133. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

³⁷ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 534.

ela se cassasse novamente, conforme:

O Código de 1916, condicionado a outros paradigmas, condenava a mãe, que se casasse em segundas núpcias, à perda do pátrio poder, devendo ser nomeado tutor para o filho menor. Dizia o art. 393 em sua redação primitiva: “A mãe, que contrai novas núpcias, perde, quanto aos filhos do leito anterior, os direitos do pátrio poder (art. 329); mas, enviuvando, os recupera”. No entanto, pelo disposto no então art. 329, conservava a guarda do filho menor, salvo se este não fosse bem tratado por seu padrasto. A redação do art. 393 foi, posteriormente, retificada, para se esclarecer que a mãe, naquela circunstância, não perdia os direitos ao pátrio poder, “exercendo-os sem qualquer interferência do marido”.³⁸

Assim, a situação estabelecida na primeira metade do século XX em nada favorecia os filhos, nem mesmo àqueles para os quais a legislação conferia maior proteção – notadamente os filhos ditos legítimos. Não por acaso, escreve Maria Berenice Dias que estas regras “deixavam de priorizar o direito da criança”³⁹ e ainda eram prejudiciais para os cônjuges, pois constituíam “verdadeira ameaça, quase uma intimidação em prol da manutenção do casamento” .⁴⁰

Foi em relação aos filhos naturais – ditos ilegítimos, e relegados a uma categoria de inferioridade frente aos filhos legítimos – a primeira alteração legislativa relevante que abriu caminho para que os tribunais decidissem a guarda no interesse dos filhos, já na década de 40.

Inicialmente, a legislação não possibilitava esta interpretação. O art. 360 do Código Civil de 1916 disciplinava que se ambos os pais reconhecessem o filho, ele ficaria sob o poder do pai⁴¹ e o Decreto-Lei nº. 3.200, em sua redação original, conferia a guarda do filho natural a quem primeiro reconheceu o filho⁴².

Alteração paradigmática, portanto, foi a estabelecida na segunda redação do art. 16 do Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, com a redação dada pelo

³⁸ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: direito de família. 7. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 293. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968687/>. Acesso em: 08 dez. 2020.

³⁹ Dias, op. cit., p. 519.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Art. 360. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor, que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai. BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Seção 1, p. 133. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

⁴² “Art. 16. O pátrio poder será exercido por quem primeiro reconheceu o filho, salvo destituição nos casos previstos em lei.” BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 19 abr. 1941. Seção 1, p. 7736. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm. Acesso em 28. nov. 2020.

Decreto-Lei nº 5.213, de 1943, que a, despeito de outorgar a guarda do filho menor ao pai (repetindo o Código Civil de 1916), incluiu pela primeira vez a observância do interesse do menor sem que este estivesse atrelado à motivo grave⁴³. Nota-se, pois, que o dispositivo permitiu uma maior maleabilidade ao juiz, de modo que a decisão poderia se dar verdadeiramente de acordo com o melhor interesse do menor.

Isto é facilmente notável na análise do Recurso Extraordinário nº 22179, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 05 de maio de 1955, assim ementado:

Posse de menor, filha natural reconhecida.

O art. 360 do Código Civil estabelecia a regra de que o filho reconhecido, enquanto menor, ficaria sob o poder do progenitor, que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai.

Entretanto, o art. 16 do Dec-lei 3.200 de 19-4-1941 (redação do Dec.-lei 5.213 de 21-1-1943) acrescentou àquele preceito: “salvo se o juiz decidiu de outro modo, no interesse do menor”.

Foi esta parte do dispositivo que a justiça local, em face de prova, aplicou no caso dos autos, ao determinar que a menor ficasse em poder da genitora.

Saber se foi justa tal decisão é indagação que escapa ao âmbito do recurso extraordinário.⁴⁴

Embora o STF não tenha entrado no mérito do recurso, é de se dizer, que no caso concreto, considerou-se que o genitor, por ser motorista, passava a maior parte do tempo fora de casa, de modo que a criança era cuidada por duas funcionárias dele, sendo maior interesse do menor ficar junto à genitora do que junto à estranhos.

A corte considerou lícita a utilização da argumentação do juízo recorrido, que concedeu a guarda à genitora sob o argumento de ser interesse do menor, ainda que não tenha indicado motivos graves. Isto demonstra uma modificação inicial no paradigma da guarda no país.

Aos poucos, pois, o melhor interesse dos menores ganhou relevância na discussão relativa ao poder familiar e à guarda. Cita Barboza que “a jurisprudência, efetivamente, caminhava para que se desse, em qualquer caso, a prevalência do bem

⁴³ “Art. 16. O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconheceram, sob o do pai, salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menor. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 5.213, de 1943)” BRASIL. Decreto nº. 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 19 abr. 1941. Seção 1, p. 7736. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De13200.htm. Acesso em 28. nov. 2020.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 25.951** - Pernambuco. Relator: Luis Gallotti. Distrito Federal, 05 de maio de 1955. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=127053>. Acesso em 28. nov. 2020.

do menor, condicionando-se a decisão da guarda ao interesse dos filhos⁴⁵. Para além da jurisprudência, a autora aduz, também, sobre a importância do Código de Menores (Lei nº. 6.697/79), em especial em seu art. 5^o⁴⁶, sobre o qual comenta que

A regra, considerada inovadora, conforme interpretação da época, autorizava o Juiz a fazer prevalecer o Código de Menores no caso de conflito com qualquer outra legislação aplicável, desde que resultasse em melhor proteção ao menor. Com base no mesmo dispositivo, afirmava-se que o Direito do Menor deveria prevalecer sobre as regras genéricas do Direito, conforme expressa Recomendação do IX Congresso da Associação Internacional de Juizes de Menores (Oxford, 1974), **incidindo, também, para resolução de conflitos entre os interesses do menor e os do pátrio poder.**⁴⁷ (grifo nosso)

Assim, ao final da década de 70, pela primeira vez a legislação trouxe proteção efetiva ao interesse dos menores. Este avanço, sobretudo, ainda não estava consolidado, principalmente no que tange à guarda, pois os menores só estavam sujeitos à esta proteção quando se encontravam em situação irregular⁴⁸.

É de se lembrar, ainda, que o Estatuto da Mulher Casada e a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977), apesar das modificações trazidas em outras áreas, mantiveram a discussão relativa à culpa como essencial para a guarda dos filhos, como se vê no art. 10^o deste último diploma legal⁴⁹. Parte dos tribunais continuaram a aplicar estes dispositivos ao longo da década de 1980.⁵⁰

⁴⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. In: CUNHA, Rodrigo Pereira (coord.). **A Família na Travessia do Milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 205.

⁴⁶ Art. 5^o Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado. BRASIL. Lei nº. 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 out. 1979. Seção 1, p. 14945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm. Acesso em 28. nov. 2020.

⁴⁷ Barboza, op. cit., p. 204.

⁴⁸ “Doutrina da Situação Irregular: para essa doutrina, os menores apenas são sujeitos de direito ou merecem a consideração judicial quando se encontrarem em uma determinada situação, caracterizada como “irregular”, e assim definida em lei. Havia uma discriminação legal quanto à situação do menor, somente recebendo respaldo jurídico aquele que se encontrava em situação irregular; os demais, não eram sujeitos ao tratamento legal.”. DÓI, C. T.; FERREIRA, L. A. M. **A Proteção Integral das Crianças e dos Adolescentes Vítimas (Comentários ao art. 143 do ECA)**. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html>. Acesso em: 01 dez. 2020.

⁴⁹ Art. 10 - Na separação judicial fundada no " caput " do art. 5^o, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa. BRASIL. Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Seção 1, p. 17953. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

⁵⁰ Neste sentido, a título de exemplo: “SEPARAÇÃO JUDICIAL. GUARDA DOS FILHOS MENORES. FUNDADA A SEPARAÇÃO JUDICIAL NO CAPUT DO ART-10 DA LEI 6515/77, OS FILHOS MENORES DEVEM FICAR SOB A GUARDA DO CONJUGE INOCENTE, NAO SE ADMITINDO OUTRA SOLUCAO, A NAO SER QUANDO DAQUELA POSSA RESULTAR PREJUIZO DE ORDEM MORAL PARA OS MENORES. APELACAO PROVIDA.”. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 35.282. Quarta Câmara Cível. Relator: Oscar

Nota-se, ainda, que a questão da guarda era relegada à segundo plano durante todo este período. Não por acaso, a legislação era omissa, insuficiente ou inadequada também em relação às demais questões relativas à dissolução da família ou à constituição de família através de vínculo extramatrimonial.

2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O NOVO DIREITO DE FAMÍLIA.

Embora não seja de se olvidar que a religiosidade e as características morais e patrimoniais do povo brasileiro até meados do século XX fizessem com que as questões ligadas à dissolução do casamento (tal qual a guarda) ou à constituição de família através de vínculo extramatrimonial não tivessem a mesma relevância que nos dias atuais, pois foi na década de 1960 que as famílias começaram a se modificar⁵¹, era evidente que diversas pessoas estavam nestas condições – em família extramatrimonial ou separadas de fato – e mereciam tutela jurídica⁵².

Esta tutela, pois, não era nunca satisfatória, pois uma característica marcante do Código Civil de 1916 e do paradigma do direito de família brasileiro no começo do século XX era a sua incompatibilidade com a realidade social. Neste norte, Montemezzo, citando Fachin, escreve que o Código Civil de 1916 instituiu a “[...] **mentira jurídica, a fim de conservar uma decência aparente.**”⁵³ (grifo nosso)

Esta busca por conservar uma decência aparente gerava situações como a já citada impossibilidade de reconhecimento de filhos adulterinos, a possibilidade de

Gomes Nunes. Porto Alegre, 18 de junho de 1980. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5146166/apelacao-civel-ac-35282-rs-tjrs?ref=serp> Acesso em 28. nov. 2020.

⁵¹ “Desde meados da década de 1960, as famílias têm-se tornado cada vez mais complexas, distanciando-se de padrões tradicionais: aumentam as coabitações (em detrimento dos casamentos), as separações e as novas uniões. Surgem novos personagens no âmbito da família (padrasto, madrasta, meio-irmão).”. LEONE, E. T.; MAIA, A. G.; BALTAR, P. E.. Mudanças na composição das famílias e impactos sobre a redução da pobreza no Brasil. **Econ. soc.**, Campinas, v. 19, n. 1, p. 59-77, abr. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182010000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 dez. 2020.

⁵² Sobre esta situação fática, Oliveira afirma que “mencionam-se a ilegitimidade do chamado concubinato, praticado na realidade, mas escamoteado do Direito, e a ilegitimidade dos filhos nascidos fora do casamento”. OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. **(Con)formação da(s) identidade(s) da mulher no direito das famílias contemporâneo: perspectivas feministas sobre o individual e o relacional em família.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 56.

⁵³ FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro.** p. 52, citado por MONTEMEZZO, op. cit., p. 19.

recusa do cônjuge em aceitar a residência na família do filho reconhecido pelo outro⁵⁴ e a impossibilidade de quebra do vínculo matrimonial.

Durante o século XX, as famílias passaram por intensas transformações sociais, devido aos fatores descritos por Pereira, citando Carbonera:

O crescimento demográfico, o processo de migração interna, o aumento de desigualdades sociais e bolsões de pobreza contribuíram para a transformação da família no decorrer do século XX, conforme explica Carbonera (2013, p. 44), “a multiplicidade de costumes, crenças religiosas, orientação sexual, enfim, a diversidade populacional colocou fim, de forma definitiva, na possibilidade de o sistema jurídico manter a tutela a uma única forma de família”⁵⁵

Com estas mudanças nos paradigmas sociais, as entidades familiares se configuravam cada vez mais frequentemente de formas não apreendidas pelo direito, tornando insustentável a manutenção da supracitada mentira jurídica.

Neste sentido, o direito de família veio a se transformar de maneira paulatina durante o século XX, de forma a se adequar à realidade fática – sempre de maneira um tanto atrasada. A esse respeito, Szaniawski escreveu que

No direito brasileiro, a transformação do direito de família só ocorreu verdadeiramente a partir da segunda metade do século passado e de maneira paulatina, mediante promulgação de legislação extravagante, sempre atrás das exigências sociais, embora haja, ainda hoje, setores extremamente conservadores que resistem às mudanças, retardando a adequação do direito à realidade social.⁵⁶

No âmbito das relações matrimoniais, as grandes alterações legislativas foram trazidas pelo Estatuto da Mulher Casada e pela Lei do Divórcio, enquanto no âmbito da filiação as alterações mais relevantes foram as introduzidas pela Lei nº 883/49, com suas alterações trazidas pela Lei nº 7.250/84, impulsionando o reconhecimento

⁵⁴ “Art. 15. Se um dos cônjuges negar consentimento para que resida no lar conjugal o filho natural reconhecido do outro, caberá ao pai ou à mãe, que o reconheceu, prestar-lhe, fora do seu lar, inteira assistência, assim como alimentos correspondentes à condições social em que viva, iguais aos que prestar ao filho legítimo se o tiver.”. BRASIL. Decreto nº. 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 19 abr. 1941. Seção 1, p. 7736. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm. Acesso em 28. nov. 2020.

⁵⁵ CARBONERA, Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: MENEZES, Joyceane Bezerra; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **Direito das famílias**: por juristas brasileiras. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. p. 33-66, citada por PEREIRA, J., op. cit., p. 20.

⁵⁶ SZANIAWSKI, op. cit., p. 41.

da paternidade⁵⁷; no âmbito da guarda, por sua vez, para além dos institutos citados alhures, merece destaque a alteração trazida pela Lei nº 5.582, de 16 de junho de 1970, que alterou o art. 16⁵⁸ do Decreto-lei nº 3.200, de modo que a regra geral passou a ser que o filho natural ficasse sob o poder da mãe, quando reconhecido por ambos os genitores.

Todas estas alterações legislativas e sociais, porém, ainda não eram suficientes para extirpar do ordenamento jurídico os resquícios paternalistas e do modelo familiar transpessoal consagrado pelo Código Civil de 1916. Isto vem a ocorrer, por sua vez, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, conforme explica Dias,

Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo **casamento**, bem como à **união estável** entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de **família monoparental**. Consagrou a **igualdade dos filhos**, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações. Essas profunda modificações acabaram derrogando inúmeros dispositivos da legislação então em vigor, por não recepcionados pelo novo sistema jurídico.⁵⁹ (grifos da autora)

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, o modelo de família transpessoal dá lugar ao que Fachin chama de “família nuclear eudemonista, cujo feixe luminoso passa a focar-se por sobre as pessoas que nela se encontram afetivamente envolvidas.”⁶⁰. Este modelo de família eudemonista, escreve Pianovski, “altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito como se infere do disposto na primeira parte do parágrafo 8º do artigo 226 da

⁵⁷ “A constituição de 1937 beneficiou o filho natural, e a Lei n.883, de 21-10-1949, permitiu o reconhecimento e a investigação de paternidade do filho adulterino depois de dissolvida a sociedade conjugal, e conforme alteração que sofreu pela Lei n. 7.250, de 14-11-1984, autorizou também o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio pelo conjugue separado de fato a mais de cinco anos contínuos.”. WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

⁵⁸ O art. passou a ter a seguinte redação: “Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor.” BRASIL. Decreto nº. 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 19 abr. 1941. Seção 1, p. 7736. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm. Acesso em 28. nov. 2020.

⁵⁹ DIAS, op. cit., p. 32.

⁶⁰ FACHIN, Luiz Edson. Famílias – Entre o Público e o Privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família: Entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: Magister, 2012, p. 160.

Constituição Federal”⁶¹.

Deste modo, sob a ordem da Constituição Federal de 1988, a proteção deve se destinar principalmente aos membros da família, e não à família enquanto instituição. Como expõe Oliveira, o parágrafo 8º do artigo 226 “sustenta a proteção da família na pessoa de cada um dos integrantes que a integram”⁶². Pelo exposto, fica evidente a proteção constitucional a cada um dos membros da família. Em relação aos filhos, a proteção conferida pela Constituição Federal é consolidada no Estatuto da Criança e do Adolescente, que lhes deu prioridade absoluta e o *status* de sujeitos de direito.⁶³

O Estatuto da Criança e do Adolescente consagra, ainda, alguns princípios que visam a proteção dos interesses dos infantes. Dentre eles, destacam-se o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o princípio da proteção integral e o princípio da absoluta prioridade⁶⁴. Evidente, pois, que estes princípios devem ser observados quando da fixação da guarda dos infantes e do exercício do poder familiar.

Foi longo o caminho para que a guarda e o poder familiar fossem exercidos de acordo com o melhor interesse do menor, e não de acordo com os arbítrios paternos ou com a culpa pelo fim do relacionamento entre os pais. Uma vez estabelecido este novo paradigma, porém, resta entender qual é este melhor interesse da criança nas relações familiares quando do exercício da guarda e da autoridade parental. Assim, no próximo tópico observaremos as questões relativas à guarda no Código Civil de 2002 e nos momentos que o antecedem.

2.2 NOVO PARADIGMA APLICADO À GUARDA – ENTRE AS DECISÕES NOVENTISTAS E O CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha estabelecido um novo paradigma no direito de família, a legislação infraconstitucional não foi imediatamente

⁶¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: Da unidade codificada à pluralidade constitucional. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003. p. 18.

⁶² OLIVEIRA, op. cit., p. 63.

⁶³ DIAS, op. cit., p. 519.

⁶⁴ FARIA, R. M.; SÃO JOSÉ, F. M.; POLI, L. M. Análise de alguns dos principais princípios constitucionais norteadores dos direitos da criança e do adolescente. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 21, n. 41, p. 113-151, 2018.

alterada, de modo que na década seguinte à promulgação da Constituição Federal não foi introduzido um dispositivo específico orientado neste novo norte para regular a concessão da guarda dos menores.

Por esta razão, são encontradas decisões em diversos sentidos, opostos entre si, ao longo desta década. Existiam três principais correntes jurisprudenciais, uma das quais continuava a prestigiar a discussão relativa à culpa⁶⁵, em razão dos dispositivos legislativos previstos na Lei do Divórcio. Desta corrente servem como exemplo os seguintes acórdãos:

[...]. **Em caso de separação judicial por culpa de um dos cônjuges, a guarda dos filhos menores toca ao cônjuge inocente, nos termos do "caput" do art. 10 da Lei nº 6.515/77**, salvo comprovada inconveniência, devidamente apurada, caso em que o juiz deferirá a guarda à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, nos cânones do parágrafo 2º do art. 10 da lei supracitada.⁶⁶ (grifos nossos)

A REGRA DE QUE A GUARDA DO FILHO DEVA SER CONFIADA AO CONJUGE INOCENTE SOMENTE PODE SER AFASTADA EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NA HIPOTESE DOS AUTOS, ALEM DA REGRA DO ART-1 DA LEI 6515/77, TUDO RECOMENDA SE MANTENHA A GUARDA COM O CONJUGE INOCENTE QUE JA A TEM HA MAIS DE UM ANO E MEIO, EVITANDO-SE ESTRESSANTES MODIFICACOES DE STATUS QUO.⁶⁷ (grifos nossos)

Ainda que em momento prévio ao Código Civil de 2002 os dispositivos da lei do divórcio não tenham sido revogados, não é preciso muito para verificar que a solução de entregar a guarda ao cônjuge culpado não está de acordo com o paradigma constitucional e com o melhor interesse dos menores. Até por isto, a corrente predominante durante a década de 90 era a que atribuía a guarda vislumbrando o melhor interesse dos filhos. Desta corrente, serve como representante o seguinte acórdão:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. MODIFICAÇÃO DE CLÁUSULA. POSSE E GUARDA DE MENOR.

A posse e guarda, no caso de separação dos pais, deve ser deferida àquele que melhor atenda aos interesses dos filhos. Assim, ficando comprovado que

⁶⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0000.00.163703-2/000. Primeira Câmara Cível. Relator: Orlando Carvalho. Belo Horizonte, 16 de novembro de 1999. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.00.163703-2%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 28. nov. 2020.

⁶⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 591021829. Oitava Câmara Cível. Relator: Gilberto Niederauer Corrêa. Porto Alegre, 26 de maio de 1991. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5420837/apelacao-civel-ac-591021829-rs-tjrs?ref=serp>. Acesso em 28. nov. 2020.

a mãe, a quem foi confiada a guarda por acordo no processo de separação judicial, deles não vem cuidando bem, confirma-se a sentença que julgou procedente o pedido de modificação da cláusula em favor do pai em melhores condições.⁶⁸

A última corrente cita um suposto princípio da primazia materna, segundo o qual a guarda deveria ficar com a mãe como se este fosse um direito natural. Como exemplo, serve o seguinte acórdão:

GUARDA DE FILHOS. PRINCIPIO DA PRIMAZIA MATERNA. DIANTE DA ABSOLUTA EQUIVALENCIA DE POSSIBILIDADES ENTRE A MAE E O PAI PARA CUIDAR DO FILHO, POR PRINCIPIO DE DIREITO NATURAL E PELA UMBILICAL LIGACAO DA MAE AO FILHO, DEVE ESTA FICAR COM A GUARDA DO MENOR, ENQUANTO NAO SE RESOLVAM OS DESTINOS DO CASAMENTO.⁶⁹ (sic)

Esta corrente, apesar de obter algum amparo legislativo (a Lei do Divórcio previa que no caso de culpa comum, a guarda seria atribuída à mãe), tem origem sociológica e deriva da percepção dos juízes sobre os papéis atribuídos aos homens e às mulheres na sociedade da época. Sobre a origem destes papéis, Leite aduz que

[...] os cuidados da casa, o espaço privado, foram sendo designados por excelência à mulher. A ela couberam as tarefas domésticas, os cuidados com o marido e os filhos. Associada à construção imagem social, vieram vários estereótipos e mitos, como: ser mãe é condição extremamente feminina; a mulher se realiza com o exercício pleno da maternidade; e é de sua natureza sacrificar-se pelo bem da família.⁷⁰

A autora descreve, ainda, a origem desses papéis e a relevância deles nas ações de guarda:

No interior das constituições de interesses político-econômicos, com intervenção estatal e direta na sociedade, foram se tecendo papéis; instituídas ações e incumbências a homens e mulheres; reforçando a ideia de valores e condutas de gênero que são intrínsecas e naturais a cada um. Por isso, à mulher cabem certos tipos de ações, condutas e comportamentos e aos homens outras. Esse imaginário que foi construído e denominado como

⁶⁸ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 00052448619928190000 (originalmente 5.013/92). Oitava Câmara Cível. Relator: Gabriel Curcio da Fonseca. Rio de Janeiro, 22 de junho de 1993. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EEBB81CEBB5B2CE89DBB607105AE5F310BC402463D12>. Acesso em 28. nov. 2020.

⁶⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 591059530. Oitava Câmara Cível. Relator: João Pedro Rodrigues Reis. Porto Alegre, 26 de setembro de 1991. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8857588/agravo-de-instrumento-ag-591059530-rs-tjrs>. Acesso em 28. nov. 2020.

⁷⁰ LEITE, Aline Ferreira Dias. **Primazia da guarda materna**: a guarda compartilhada como alternativa de mudança. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 75.

primazia materna, foi sendo edificado em relação ao exercício da maternidade e cuidado com os filhos, ideia que adentra os séculos XX e XXI, com grande destaque nos dias atuais e, principalmente, nas ações judiciais que envolve a disputa pela guarda dos filhos.⁷¹

Assim, esta ideia vinha a constituir verdadeira contribuição do judiciário para a manutenção do *status quo* vigente. Ainda, embora este entendimento não fosse dominante durante a década de 1990, o pensamento que o originou teve grande influência nas discussões do Código Civil de 2002. Isto se verifica quando se observa que a redação original dos artigos relativos à guarda na proposta de codificação civil brasileira, para além de manter discussão relativa à culpa, ainda mantinha uma preferência da destinação da guarda à mãe.⁷²

Todavia, já no relatório geral do Código Civil, apresentado no dia 02 de maio de 2000, verificou-se que estas disposições, para além de estarem assentadas em papéis sociais que já não mais correspondiam à realidade (considerando, por exemplo, o ingresso da mulher no mercado de trabalho), também estavam em desacordo com a igualdade constitucional entre homens e mulheres, uma vez que outorgavam um privilégio a um dos genitores frente ao outro⁷³. Assim, o Deputado Ricardo Fiuza (relator geral), apresentou parecer pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de dispositivos desta natureza pelas razões que se lê:

De fato, estabelecida a igualdade entre homens e mulheres e, no particular, a absoluta igualdade de condições de pai e mãe, como cônjuges, diante da direção da sociedade conjugal, o parágrafo 1º ao estabelecer prevalência da mãe ao deferimento da guarda quando presentes culpas recíprocas na separação judicial infringe, manifestamente, a Constituição Federal.⁷⁴

Esta opinião, todavia, não estava isenta de críticas, como a apresentada por Carcereri, que não considerava as disposições inconstitucionais e ainda considerava que a preferência da mãe na guarda atendia ao melhor interesse dos filhos, enquanto regra geral.⁷⁵

Prevaleceu, na redação final do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de

⁷¹ Ibidem, p. 74.

⁷² CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 5, n. 46, 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/526>. Acesso em: 6 dez. 2020.

⁷³ FIUZA, Ricardo. **Relatório Geral: Comissão Especial do Código Civil**. vol. 1, p. 419. Disponível em https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/CEPL634_parecer%20do%20relator.pdf. Acesso em: 06 dez. 2020.

⁷⁴ Ibidem, p. 131.

⁷⁵ CARCERERI, loc. cit.

janeiro de 2002), a regra para que determinava a concessão da guarda em caso de litígio para quem revelasse as melhores condições para o seu exercício⁷⁶. Parte da doutrina, a exemplo de Dias⁷⁷, que considera que o Código Civil não incorporou, de início, o princípio do melhor interesse; outra corrente, todavia, vai em sentido contrário. A esse exemplo, Chagas afirma que “a guarda era atribuída ao cônjuge que revelasse melhores condições para exercê-la, priorizando o melhor interesse da criança ou do adolescente”.⁷⁸

Uma observação em sentido intermediário parece-nos mais interessante. Ora, o legislador efetivamente determinou que a guarda fosse conferida a quem dispusesse das melhores condições, o que tende, em primeira análise, a privilegiar o menor. Havia, então, um interesse em observar o princípio do melhor interesse do menor, o que fica evidente também no relatório geral, conquanto o relator observou, oportunamente, que a guarda deveria ser analisada no caso concreto, sem que houvesse uma regra geral de concessão à mãe⁷⁹. Noutro norte, porém, fica evidente (na atualidade, olhando para o passado) que aquela solução inicial trazida pelo Código Civil de 2002 não era a solução mais adequada, uma vez que só havia uma modalidade de guarda – a unilateral, e as consequências da adoção desta modalidade tendem a ser negativas, implicando inclusive na perda do elo familiar entre o genitor não guardião e o filho⁸⁰, o que evidentemente não privilegia o interesse do menor.

Além disso, a demonstração de que o genitor tem melhores condições para exercer a guarda continua a trazer à baila um modelo litigioso – se não se discutia mais a culpa, agora discutia-se a competência dos pais para criar os filhos.

A análise e a discussão relativa à redação original do Código Civil de 2002, todavia, não adquire maior relevância, pois esta vigorou durante breve seis anos, vez que a Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008 introduziu expressamente na legislação

⁷⁶ Redação original do Código Civil de 2002: “Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

⁷⁷ DIAS, op. cit., p. 519.

⁷⁸ CHAGAS, Isabela Pessanha. Breves reflexões sobre o instituto da guarda. In: **Família do Século XXI: Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 65.

⁷⁹ FIUZA, op. cit., p. 420.

⁸⁰ CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da Guarda Compartilhada em Oposição à Guarda Unilateral**, p. 12. Disponível em: http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_claudete_guarda.pdf. Acesso em: 04 dez. 2020.

brasileira a possibilidade da adoção da guarda compartilhada⁸¹ mesmo em caso de litígio. A Lei, no entanto, não disciplinou de que forma se daria o exercício da guarda compartilhada, limitando-se a definir o instituto como “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”.⁸²

A legislação ainda permitia uma interpretação segundo a qual a guarda compartilhada não seria aplicável em caso de litígio, conforme apontou Silva, à época, apesar de se demonstrar crítica à essa interpretação:

Muito embora exista avanço jurídico com a promulgação da Lei 11.698, de 13.06.2008, ainda se vê resistência à aplicação da guarda compartilhada. Ainda é dito que a guarda compartilhada só tem cabimento na hipótese de acordo entre pai e mãe no seu estabelecimento, mas essa não é a *mens legis*.⁸³

Isto decorria de uma má interpretação do Art. 1.584. § 2º, que determinava que a guarda compartilhada seria aplicável “sempre que possível”⁸⁴. Tal interpretação, entretanto, deixou de ser possível com as alterações trazidas pela Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014, que deu a seguinte redação ao mesmo parágrafo:

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.⁸⁵

⁸¹ Não se nega a possibilidade de fixação da guarda compartilhada antes da legislação citada e que diversos juízes o fizessem na prática forense, apenas se indica que esta foi a primeira legislação específica sobre o assunto no país.

⁸² “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

§ 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. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

⁸³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda Compartilhada na Legislação Vigente e Projetada. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 29 v, Jan - Jun/2012. p. 241.

⁸⁴ § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

⁸⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

Desta forma, a regra geral passou a ser o compartilhamento da guarda, vez que a inaptidão para o exercício do poder familiar decorre de suspensão ou extinção deste direito, o que só ocorre se existirem graves motivos⁸⁶.

Efetuada todo este percurso legislativo, resta questionar se as soluções apresentadas pelo legislador – tanto em relação à modalidade de guarda, quanto em relação modo de seu exercício – são de fatos as mais adequadas.

⁸⁶ Notadamente os elencados nos arts. 1.637 e 1.638 do Código Civil.

3. A GUARDA NA ATUALIDADE – CONCEITO E MODALIDADES DE GUARDA NO DIREITO BRASILEIRO

Para conceituar o direito à guarda, é necessário antes esclarecer o conteúdo daquilo que o Código Civil chama de poder familiar, instituto aos quais estão sujeitos os filhos menores idade⁸⁷. Maria Helena Diniz expõe que o poder familiar constitui

um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista, o interesse e a proteção do filho.⁸⁸

Este conjunto de direitos e deveres, é, na atualidade, um conjunto composto por mais deveres do pais do que poderes, conforme aponta Maria Berenice Dias⁸⁹. Não é outra a razão pela qual Szaniawski aponta que a expressão “autoridade parental” é mais adequada para descrever este conjunto de poderes e deveres do que a expressão “poder familiar”.⁹⁰

O conteúdo destes deveres, por sua vez, é exposto por Rolf Madaleno:

Como dever prioritário e fundamental, devem os genitores antes de tudo, assistir seus filhos, no mais amplo e integral exercício de proteção, não apenas em sua função alimentar, mas mantê-los sob a sua guarda, segurança e companhia, e zelar por sua integridade moral e psíquica, e lhes conferir todo o suporte necessário para conduzi-los ao completo desenvolvimento e independência.⁹¹

Como se vê, dentre os deveres que os pais possuem em razão do exercício da autoridade parental está a manutenção dos filhos sob sua guarda. O exercício da guarda dos filhos é uma das expressões desta autoridade, conforme dispõe o art. 1.634 do Código Civil, em seu inciso II.⁹²

⁸⁷ Art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

⁸⁸ DINIZ, op. cit., p. 537.

⁸⁹ DIAS, op. cit., p. 461.

⁹⁰ SZANIAWSKI, op. cit., p. 321.

⁹¹ MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, n. p.

⁹² 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. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002.

É necessário verificar qual o conteúdo desta guarda. É certo que a guarda, na atualidade, não corresponde mais apenas à custódia física (ou posse, como já designou anteriormente a legislação civilista no país) do menor. O conteúdo da guarda, na visão de Almeida Júnior, constitui

[...] um poder e um dever que se impõe à pessoa do guardião no propósito de dar assistência moral, educacional e material ao menor. É, pois, uma relação de caráter pessoal entre o guardião e o menor, com reflexos de cunhos assistenciais, inclusive de natureza material.⁹³

Realizando uma leitura conjunta dos institutos do poder familiar e da guarda dos filhos, vê-se que há uma relação quase simbiótica entre eles. Evidentemente que alguns direitos e deveres decorrentes da autoridade parental não estão adstritos à concessão da guarda ao pai, mas as funções básicas do poder familiar dependem da guarda para que possam ser exercidas de forma adequada e constante. Por isso mesmo é que Loureiro escreve que “quem perde a guarda não perde o poder familiar, pois este permanecerá inalterado, mas sim o seu efetivo exercício, que passará a ser do genitor-guardião.”⁹⁴

Noutro norte, a guarda é, em regra, conferida a quem está apto a exercer o poder familiar, como disciplina o art. 1.584, § 2º, do Código Civil⁹⁵. Para que o genitor não esteja apto a exercer o poder familiar, devem existir graves razões que impliquem na extinção, na destituição ou na suspensão deste dever, incluindo-se aí o castigo imoderado e o abandono, dentre outros previstos no art. 1.638 do Código Civil⁹⁶. Ora,

Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

⁹³ ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A nova roupagem da Guarda Compartilhada. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 104, v. 957, jul/2015, p. 22.

⁹⁴ LOUREIRO, Alexandre. **A Guarda Compartilhada: Solução à Alienação Parental**. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 42.

⁹⁵ “§ 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. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

⁹⁶ “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. V - entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção.

Parágrafo único. Perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que: I – praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro ou outro crime contra a dignidade

é latente a gravidade dos atos que implicam na perda do exercício do poder familiar. Por isto mesmo é que a não concessão da guarda atinge com gravidade os direitos do genitor não-guardião e do filho, pois o poder familiar não pode ser plenamente exercido sem que haja justa causa, como aduz Quintas:

O arranjo de guarda que não atribui a guarda a um dos pais altera o exercício do poder familiar de forma semelhante ao que ocorre, na prática, com a suspensão, sendo que, muitas vezes, não há no primeiro razão como há na segunda, de buscar o melhor interesse da criança. Há uma suspensão de fato sem que haja a comprovação dos graves e fundados motivos que são exigidos para a suspensão de direito.⁹⁷

Na prática, a concessão da guarda a apenas um dos genitores tenciona a significar uma suspensão do poder familiar e a concentrar os deveres de criação dos filhos em um único genitor, o que contribui para a manutenção dos papéis sociais, pois como dito alhures, a criação dos filhos estava, na história recente, associada à figura materna – e isto ainda ocorre, em grande parte, como mostram os números do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, onde se vê que na maioria absoluta dos casos a guarda é concedida a mãe.⁹⁸

Alguns fatores têm modificado esta visão, como a mudança de papel da mulher na sociedade⁹⁹ e um reconhecimento da importância função paterna e da gravidade da sua ausência na formação dos filhos^{100/101}.

A modificação gradual desta cultura, tal qual a percepção de que a concessão

sexual sujeito à pena de reclusão; II – praticar contra filho, filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; b) estupro, estupro de vulnerável ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

⁹⁷ QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. p. 43.

⁹⁸ “Ainda assim, há que se destacar, em todas as Grandes Regiões, a predominância das mulheres com a responsabilidade da guarda dos filhos menores na ocasião do divórcio judicial concedido em 1ª instância. Em 2018, no Brasil, esse percentual atingiu o valor de 65,4%, sendo, contudo, inferior ao obtido em 2017, da ordem de 69,4%, e ao registrado em 2016, quando era 74,4%.”. IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2018**. v. 45. Rio de Janeiro, 2019, p. 6. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2018_v45_informativo.pdf. Acesso em 06. dez. 2020.

⁹⁹ Dias, op. cit., p. 519.

¹⁰⁰ GROENINGA, Giselle Câmara. Direito à convivência entre pais e filhos: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 55.

¹⁰¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pai, por que me abandonaste?** Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/41/Pai%2C+por+que+me+abandonaste%3F>. Acesso em: 04 dez. 2020.

de guarda a apenas um dos genitores implicava na impossibilidade prática do exercício costumeiro da autoridade parental pelo outro contribuiu para a edição das leis que modificaram o tratamento aplicado pelo Código Civil à guarda dos filhos. Neste norte, o Código Civil contempla hoje duas modalidades de guarda – a unilateral e a guarda compartilhada, esta última constituindo verdadeira opção preferencial¹⁰². Estas modalidades serão examinadas na sequência.

3.1 GUARDA UNILATERAL

A guarda unilateral é aquela atribuída a apenas um dos genitores, conforme define o próprio Código Civil de 2002¹⁰³. A guarda pode ser deferida a um terceiro idôneo, caso não seja recomendável que a guarda seja concedida aos pais¹⁰⁴. Subsistiam na codificação, até a edição da Lei nº 13.058, de 2014, critérios para a atribuição da guarda unilateral (embora, a partir de 2008, a guarda compartilhada já fosse preferencial, com o advento da Lei nº 11.698), conforme se observava no então vigente § 2º do art. 1.583, que descrevia a aptidão para proporcionar afeto, saúde, segurança e educação como critérios objetivos para a concessão da guarda unilateral.¹⁰⁵

Estes critérios remanescem no caso de concessão de guarda unilateral na atualidade, como escreve Carvalho:

O genitor guardião deve ser aquele que revele maior afeto e afinidade com o filho e o grupo familiar, possuindo mais aptidão para propiciar os cuidados com os filhos na criação, saúde, segurança e educação. A guarda unilateral será atribuída, portanto, ao genitor que revele aptidão e melhores condições de exercê-la, considerando o afeto nas relações com o filho e com o grupo familiar, permitindo-se considerar as relações do menor também com os avós e parentes do guardião, a saúde, a segurança e a melhor educação do menor,

¹⁰² DIAS, op. cit., p. 526.

¹⁰³ “Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008). § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

¹⁰⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 516. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601073/>. Acesso em: 08 dez. 2020.

¹⁰⁵ Art. 1.583. A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores: I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II – saúde e segurança; III – educação. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

cabendo ao outro supervisionar o exercício nos interesses dos filhos.¹⁰⁶

Não obstante estes critérios visem, de fato, prestigiar o melhor interesse do menor, a própria guarda unilateral tende a ser prejudicial aos interesses dos menores, pois, como Madaleno aponta, é

consenso que a guarda unilateral afasta o outro genitor das decisões diárias que surgem no desenvolver da vida dos filhos, e bota o progenitor guardião em uma posição de supremacia de fato e de direito, na qual ele reserva para si um privilégio de desenhar a orientação e o cotidiano da vida dos rebentos de pais separados.¹⁰⁷

Como consequência, há uma já citada (ver página 24) perda da ligação entre o genitor não convivente e o filho neste modelo de guarda. Deste modo, ainda que haja um dever de fiscalização por parte do genitor não guardião (art. 1.583, § 5º, do Código Civil)¹⁰⁸, este é extremamente diminuto até porque, como aduz Canezin:

Neste modelo não se exige sequer que o guardião consulte o outro (pai ou mãe) não guardião sobre as decisões importantes a tomar relativamente ao menor. O não-guardião não pode nem direta e nem indiretamente participar da educação dos filhos, nem goza de um direito a ser ouvido pelo seu ex-cônjuge em relação às questões importantes da educação do menor.¹⁰⁹

Assim, não obstante houvessem critérios objetivos para a fixação da guarda unilateral no interesse dos menores, diversas são as razões para se verificar que a guarda unilateral tende a trazer mais problemas do que soluções, como aponta Alves:

não obstante, há de se ressaltar no, âmbito da guarda unilateral e do direito de visita, há muito mais espaço para que um dos genitores, geralmente a mãe, utilize-se dos seus próprios filhos como “arma”, instrumento de vingança e chantagem contra seu antigo consorte, atitude passional decorrente das inúmeras frustrações advindas do fim do relacionamento amoroso, o que é altamente prejudicial à situação dos menores, que acabam se distanciando deste segundo genitor, em virtude de uma concepção distorcida acerca dele, a qual é fomentada, de inúmeras formas, pelo primeiro, proporcionando graves abalos na formação psíquica de pessoas de tão tenra idade. Fenômeno que já foi alcunhado como fenômeno da alienação parental,

¹⁰⁶ CARVALHO, op. cit., p. 516.

¹⁰⁷ MADALENO, op. cit., n. p.

¹⁰⁸ § 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. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

¹⁰⁹ CANEZIN, op. cit., p. 12.

responsável pela síndrome da alienação parental¹¹⁰

Assim, em suma, a guarda unilateral: a) potencializa o afastamento entre a criança e o genitor não convivente; b) propicia terreno fértil para a alienação parental; c) cria uma hierarquia entre os genitores, ferindo a igualdade parental. Não é outra a razão, portanto, para que paulatinamente o legislador tenha colocado a guarda unilateral em segundo plano, privilegiando o compartilhamento da guarda.

3.2 GUARDA COMPARTILHADA

O Código Civil de 2002 traz uma definição técnica e adequada sobre a guarda compartilhada, definindo o como “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.¹¹¹ Neste mesmo norte, Quintas define guarda compartilhada como aquela “em que os pais participam ativamente da vida dos filhos, já que ambos detêm a guarda legal dos mesmos. Todas as decisões importantes são tomadas em conjunto, o controle é exercido conjuntamente”¹¹².

Este modelo de guarda, tomado como regra geral em nosso ordenamento jurídico, é muito bem quisto pela doutrina. Neste sentido, Leonardo Alves aponta que a Guarda Compartilhada atende não só ao princípio do melhor interesse do menor, mas também ao princípio do direito à convivência familiar.¹¹³

Neste sentido, em que pesem as discussões passadas, não existe corrente doutrinária relevante, na atualidade, a discursar em contrariedade à guarda compartilhada como regra geral quando há consenso entre os pais.

A discussão atual, no entanto, cinge em relação aos seguintes pontos: 1) em quais hipóteses deve ser aplicada a guarda compartilhada? Deve o compartilhamento

110 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei no 11.698/08: **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 13, jul./dez. 2009. p. 240. Disponível em: <http://dejure.mpmg.mp.br/index.php/dejure/article/view/106/15>. Acesso em: 07 dezembro 2020.

111 Art. 1.583, § 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. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

112 QUINTAS, Maria Manoela Rocha Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 28.

113 ALVES, op. cit., p. 245.

prevalecer mesmo em caso de litigio? 2) qual é a efetiva expressão do compartilhamento da guarda que melhor atende aos interesses do menor?

Neste sentido, antes de mesmo das análises doutrinárias, é fundamental olhar com atenção para os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, pois a própria legislação oferece respostas para as questões postas, a despeito de existirem grandes dissonâncias doutrinárias e jurisprudenciais em relação às disposições legais, como veremos a seguir. Vejamos antes as disposições do Código Civil:

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.**

§ 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.**

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 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.

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

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.[...] (grifo nosso)¹¹⁴.

A resposta legislativa para o primeiro questionamento está posta no segundo parágrafo do art. 1.584: a guarda deve ser aplicada sempre que os genitores estiverem

¹¹⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

aptos ao exercício do poder familiar, de tal sorte que a litigiosidade entre os pais, em regra, não entra em análise. Os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, todavia, oferecem resposta distinta da legislativa, aduzindo que existem mais óbices à aplicação da guarda compartilhada, pois sustentam alguns autores que a guarda compartilhada não pode ser fixada quando houver entre os genitores uma situação conflituosa e há firme jurisprudência que considera inviável a fixação de guarda compartilhada quando os genitores residirem em locais distintos

O segundo questionamento, a seu turno, tem sua resposta legislativa no segundo parágrafo do art. 1.583 do Código Civil: a guarda compartilhada necessita da distribuição equilibrada do tempo de convivência entre os filhos e os pais para que seja verdadeiramente efetivada. Todavia, a despeito das disposições legais, a doutrina majoritária defende que a efetiva expressão da guarda compartilhada prescinde deste convívio equilibrado, devendo ser fixado um lar de referência para o menor.

Como se vê, as respostas doutrinárias e jurisprudenciais são dissonantes à legislação, de tal sorte que se faz necessária uma análise minuciosa dos fundamentos destas diversas posições apresentadas para que se possa verificar quais respostas melhor atendem aos interesses dos menores.

3.2.1 A ausência de consenso como óbice à aplicação da guarda compartilhada

Muito embora a legislação tenha, desde a promulgação da Lei nº 11.698/2008, determinado a aplicação da Guarda Compartilhada mesmo em caso de dissenso entre os pais¹¹⁵, o que foi ratificado de forma inequívoca pela nova redação do art. 1.584, § 2º, do Código Civil, que deixou apenas duas hipóteses para a não aplicação da guarda compartilhada entre os pais (inaptidão ao exercício do poder familiar ou manifesta ausência do interesse no exercício da guarda), existe um forte posicionamento doutrinário e jurisprudencial contrário à aplicação da guarda em caso de dissenso entre os pais. Sobre isto, Rolf Madaleno escreve que

Segundo ainda forte consenso doutrinário e judicial, não há condições de forçar a guarda compartilhada em sentença judicial; quando já se mostram

¹¹⁵ Reporto-me, novamente, à citação feita na página 26: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda Compartilhada na Legislação Vigente e Projetada. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 29 v, Jan - Jun/2012 p. 241.

ausentes a maturidade e o sincero propósito dos pais em fornecer aos filhos o melhor de si, com seus olhos voltados para a doutrina dos efetivos interesses dos menores e adolescentes, e, embora a legislação se incline por preferir a guarda compartilhada dos pais, sua escolha só encontrará admissão na ação consensual de guarda, separação ou de divórcio. Certamente não há lugar para a guarda conjunta entre casais amargos, conflituosos e que encontram no filho o troféu de todas as suas desinteligências pessoais, sendo inevitável a denegação da guarda conjunta no litígio. [...] Segundo a doutrina e a jurisprudência, a guarda compartilhada depende da estabilidade emocional dos pais, que tenham boa comunicação entre si [...].¹¹⁶

Paulo Nader filia-se à corrente citada por Madaleno, como se lê:

Como se depreende, a guarda compartilhada requer o diálogo e o espírito de compreensão entre os pais, pois, do contrário, em vez de contribuir para a melhor orientação dos filhos, será para estes uma fonte de conflitos. Dificilmente na prática o juiz encontrará oportunidade para a aplicação da hipótese do citado § 2º, que exige soma de interesses e tendência coletivista.¹¹⁷

Nesta mesma linha, comenta Arnaldo Rizzardo:

Para se admitir a guarda compartilhada, várias as condições exigidas. Não depende a aceitação ou o deferimento pelo mero pedido de uma das partes. Um clima apropriado envolverá a relação entre os pais separados, de modo a despontarem o amadurecimento, o entendimento, o diálogo franco, a tolerância, o desprendimento. Imprescindível que impere harmonia, fator que permite aos pais discutirem e tratarem acerca dos assuntos próprios da educação e formação. Se constantes as brigas e acusações, se as oposições inviabilizam a abordagem de assuntos triviais ou comuns, se a inimizade nutrida por um contra o outro marca as personalidades, com toda a certeza não existirá clima para essa forma de exercer a guarda. Em grande parte das separações acompanha uma carga de mágoas e ressentimentos que extravasa para setores que nada têm a ver com os ex-cônjuges ou ex-companheiros, servindo-se eles dos mais diversos pretextos para atingir um ao outro, inclusive com a utilização dos filhos.¹¹⁸

O autor argumenta, ainda, que o art. 1.584 do Código Civil não traria uma imposição “a rigor” da guarda compartilhada:

O § 2º ordena a aplicação, sempre que possível, da guarda compartilhada, em não existindo acordo entre o pai e a mãe: “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

¹¹⁶ MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 471. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987961/>. Acesso em: 08 dez. 2020

¹¹⁷ NADER, op. cit., p. 287.

¹¹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed., rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 237. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/>. Acesso em: 08 dez. 2020.

compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”. Não se leva a rigor imposição da mencionada guarda. Ademais, o art. 1.586 autoriza ordenar de maneira diferente: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais”.¹¹⁹

O art. 1.584, § 2º, deve ser, sim, levado a rigor. A verificação histórica da legislação civilista não permite entendimento em sentido contrário, de modo que o próprio Rizzardo, afirma, na sequência, ainda falando do compartilhamento da guarda que “[...] ao juiz não é dado o poder de decidir contrariamente, a menos que salte às claras as inconveniências da guarda por um cônjuge desprovido de condições e qualidades.”.¹²⁰

O artigo 1.586 do Código Civil de 2002 apenas repetiu o disposto no art. 327 do revogado Código Civil de 1916, como aponta o próprio autor¹²¹ e a histórica interpretação dada a este dispositivo, pois, é estrita, como explicitado anteriormente neste trabalho.

Não há razão para que outra seja a interpretação dada na atualidade, sobretudo porque a expressão “motivos graves” não deixa margens para tal possibilidade. Ora, um motivo grave é, por exemplo, a dependência química por um dos genitores, que embora não afaste de imediato o poder familiar, fatalmente impossibilita a guarda por colocar em risco a integridade física do menor. O mesmo não pode se dizer de uma divergência sanável entre os pais, porquanto a imposição da guarda unilateral tende a ser extremamente lesiva aos filhos, como visto anteriormente, de modo que o art. 1.586 não pode ser usado para fundamentar a impossibilidade do compartilhamento da guarda por dissenso entre os pais.

Para além da mera discussão legislativa, entretanto, é necessário que sejam expostos os fundamentos de cada uma das correntes em atenção ao melhor interesse dos filhos. Como se vê, a posição fixada por esta parte da doutrina que defende a imprescindibilidade do consenso para o compartilhamento da guarda subsiste até a atualidade.¹²²

No entanto, os fundamentos desta posição já haviam sido refutados pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.251.000/MG, de relatoria da

¹¹⁹ Ibidem, p. 238.

¹²⁰ Ibidem, loc. cit.

¹²¹ Ibidem, p. 239.

¹²² As obras de Rizzardo e Rolf Madaleno são atuais. Note-se que Rolf Madaleno expôs um posicionamento doutrinário, sem que necessariamente se filie a este entendimento.

Min. Nancy Andrighi, há aproximadamente uma década:

O consenso, como pré-requisito para a implementação da guarda compartilhada, é um dos elementos que se encontram em zona gris, pois o desejável é que ambos os genitores se empenhem na consecução dessa nova forma de se ver as relações entre pais e filhos, pós-separação. Esse esforço é muito importante para o sucesso da guarda compartilhada, pois necessitam, os ex-cônjuges, tratarem desde as linhas mestras da educação e cuidado dos filhos comuns até pequenos problemas do cotidiano da prole.

Contudo, a separação ou o divórcio usualmente coincidem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, fatores que, por óbvio, conspiram para apagar qualquer rastro de consensualidade entre o casal.

Com base nessa, aparente, incongruência, muitos autores e mesmo algumas decisões judiciais alçam o consenso à condição de pressuposto *sine qua non* para a guarda compartilhada.

No entanto, esse posicionamento merece avaliação ponderada.

Não se pode perder de foco o melhor interesse do menor princípio que norteia as relações envolvendo os filhos, nem tampouco a sua aplicação à tese de que a guarda compartilhada deve ser a regra.

Sob esse prisma, é questionável a afirmação de que a litigiosidade entre os pais impede a fixação da guarda compartilhada, porquanto se ignora toda a estruturação teórica, prática e legal que apontam para a adoção da guarda compartilhada como regra.

A conclusão de inviabilidade da guarda compartilhada por ausência de consenso faz prevalecer o exercício de uma potestade inexistente. E diz-se inexistente, porque, como afirmado antes, o Poder Familiar existe para a proteção da prole, e pelos interesses dessa é exercido, não podendo, assim, ser usado para contrariar esses mesmos interesses.

Na verdade, exigir-se consenso para a guarda compartilhada dá foco distorcido à problemática, pois se centra na existência de litígio e se ignora a busca do melhor interesse do menor.

[...] não se pode descartar a possibilidade de frustração na implementação da guarda compartilhada, de forma harmoniosa, pela intransigência de um ou de ambos os pais. Porém, ainda assim, ela deverá ser o procedimento primariamente perseguido, mesmo que demande a imposição estatal no seu estabelecimento, como se lê no 2º do referido artigo de lei: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.”

A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.¹²³

Os argumentos expostos pela ministra demonstram que a guarda compartilhada atende ao melhor interesse dos menores ainda que não haja consenso entre os pais, e, principalmente, que entendimento contrário traz legitimidade à litigiosidade na discussão relativa à guarda. Poderia haver, então, uma vantagem ao genitor que indevidamente busca o litígio, uma vez que pode obter a guarda unilateral

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário nº 1.251.000/MG. Terceira Turma. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj>. Acesso em: 06. dez. 2020.

sem razões para tal, alijando os direitos do filho e do outro genitor. Não é outra a razão pela qual Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior afirmam que

[...] nenhum juiz deve deixar de aplicar a guarda compartilhada pelo fato de qualquer dos pais com ela não concordar. Isso equivaleria deixar o exercício dessa prerrogativa paterna e materna à mercê da vontade do outro progenitor, em flagrante preferência a sua titularidade e em flagrante prejuízo do maior interessado: o menor. Como já foi dito, aliás, a guarda compartilhada deve ser assumida como único modelo viável, em atenção à estrutura do poder familiar.¹²⁴

Ainda, a concessão de guarda unilateral em casos como este “[...] propicia a alienação parental e o afastamento de um dos genitores do filho, em um total descumprimento do preceito constitucional”¹²⁵. Note-se que se os genitores não podem exercer a guarda compartilhada tampouco tem condições de exercer a guarda unilateral¹²⁶.

Além disso, conforme Rodrigo da Cunha Pereira aduz, “o(s) filho(s) muitas vezes se torna(m) “moeda de troca” no fim da conjugalidade.”¹²⁷, e a imposição da guarda compartilhada tende a vedar esse comportamento. O autor afirma que

Na prática, a guarda compartilhada quebra uma estrutura de poder contida na guarda unilateral. Além disto, promove a igualdade entre os genitores, não fazendo nenhum tipo de distinção, menos ainda sobre quem teria melhores condições para o exercício da guarda, pois, presumidamente, ambos os pais as têm. Assim, outro tipo de guarda só deverá ser instituído em casos excepcionais.¹²⁸

Dadas as vantagens trazidas pela guarda compartilhada, mesmo em caso de litígio, a posição prevalente, portanto, deve ser aquela que entende que a aplicação da guarda compartilhada deve ocorrer como regra geral. Entendimento contrário implica em ignorar as disposições legislativas, que ficaram ainda mais firmes no sentido de impor o compartilhamento da guarda após o julgado com o advento da Lei nº 13.058/2014, que “tornou obrigatória a guarda compartilhada no Brasil”.¹²⁹

Todavia, é evidente que em se tratando de guarda de filhos, todas as decisões devem ter em mente o princípio do melhor interesse. Ao tratar deste princípio em sua

¹²⁴ ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, op. cit., p. 469-470.

¹²⁵ MARINHO PAULO, Beatrice. **Como o leão da montanha**. IBDFAM, 2009, Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/567/novosite>. Acesso em: 08 dez. 2020.

¹²⁶ Ibidem, loc. cit.

¹²⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**: Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 399. ISBN 9788530990824. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990824/>. Acesso em: 08 dez. 2020

¹²⁸ Ibidem, loc. cit.

¹²⁹ Ibidem, loc. cit.

obra, Rodrigo da Cunha Pereira lembra para que serve de um princípio jurídico, na prática: “[...] o princípio, como norma jurídica, vem exatamente tentar salvar uma decisão judicial do maniqueísmo ou do dogmatismo da regra, que traz sempre consigo a ideia de tudo ou nada.”¹³⁰.

A colocação do autor se mostra relevantíssima, pois a despeito de a melhor opção ser a aplicação da guarda compartilhada ainda que inexistente consenso, faz-se fundamental, principalmente em casos tão sensíveis como os que envolvem os interesses de menores, que seja realizada uma adequada análise casuística.

Neste mesmo sentido é que devemos fazer duas ressalvas: uma primeira relativa ao que deve ser feito caso se observe a existência de animosidade entre as partes e uma segunda relativa à possibilidade de não aplicação da guarda compartilhada no caso de certos tipos de litígio.

Com relação à primeira ressalva, novamente serve como paradigma a argumentação apresentada pela relatora do Recurso Especial nº 1.251.000/MG, ao apontar qual a atuação do Estado no caso de litigiosidade entre os pais:

Como dito anteriormente, o influxo em uma linha de pensamento importa na adoção de novo paradigma e esse, na hipótese sob discussão, é desvelado quando se conjuga um projeto interdisciplinar de construção dos novos papéis parentais com os comandos legais aplicáveis à espécie. Com a ação interdisciplinar, prevista no art. 1.584, 3º, do CC-02, não se busca extirpar as diferenças existentes entre o antigo casal, mas sim, evitar impasses que inviabilizem a guarda compartilhada. Busca-se, por essa ação interdisciplinar primeiro, fecundar o diálogo produtivo entre os pais; segundo, evidenciar as vantagens, para os filhos, da guarda compartilhada, terceiro: construir as linhas mestras para o exercício do Poder Familiar de forma conjunta ou, quiçá, estabelecer-se, de pronto, as regras básicas dessa nova convivência. Por certo, esse procedimento preliminar demandará intenso trabalho de todos os envolvidos para evitar a frustração do intento perseguido, cabendo ao Estado-Juiz agir na função de verdadeiro mediador familiar, interdisciplinar [...]”¹³¹

Assim, como explica a relatora, o Estado deve agir ao longo do processo para reduzir a litigiosidade entre as partes e facilitar a aplicação da guarda compartilhada¹³². Observe-se que existem diversos mecanismos para a atuação do Estado.

¹³⁰ Ibidem, p. 87.

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Extraordinário nº 1.251.000/MG. Terceira Turma. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj>. Acesso em: 06. dez. 2020.

¹³² ALMEIDA; RODRIGUES JR., op. cit., p. 470.

Dentre esses mecanismos, vê-se, por exemplo, os apresentados por Maria Berenice Dias, segundo quem os pais podem ser encaminhados a “acompanhamento psicológico ou psiquiátrico (ECA 129 III) para desempenharem a contento as funções parentais”¹³³. O artigo citado pela autora dispõe ser esta medida aplicável aos pais ou responsáveis¹³⁴, mas também alberga outras possibilidades, como o encaminhamento a cursos ou programas de orientação (inciso IV).

Para além dos mecanismos apresentados por Maria Berenice Dias, um método propício para a redução dos conflitos nas ações relativa à guarda é a mediação¹³⁵, definida por Almeida e Rodrigues Jr. como uma possível “[...] preciosa ferramenta neste mister de garantir efetividade à guarda compartilhada, posto lidar com a autonomia e a responsabilidade dos envolvidos no conflito”¹³⁶. A mediação, na definição de Fernanda Tartuce,

[...] consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem. A mediação configura um meio consensual porque não implica a imposição de decisão por uma terceira pessoa; sua lógica, portanto, difere totalmente daquela em que um julgador tem autoridade para impor decisões.¹³⁷

Alves demonstra a importância da utilização deste meio no direito de família, conforme:

O conflito existente entre os pais, caso trabalhado pela mediação, pode não ser transferido para os filhos, aliás, mais do que isso, pode ser definitivamente solucionado, harmonizando o convívio familiar e proporcionando um saudável desenvolvimento psíquico dos menores. Assim, não obstante o passional conflito vivenciado pelos genitores, a mediação deve despertar o diálogo, o

¹³³ DIAS, op. cit., p. 529.

¹³⁴ “Art. 129. São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:; I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII - advertência; VIII - perda da guarda; IX - destituição da tutela; X - suspensão ou destituição do pátrio poder familiar.” BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Seção 1, p. 13563.

¹³⁵ ALVES, op. cit., p. 250

¹³⁶ ALMEIDA; RODRIGUES JR., loc. cit.

¹³⁷ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 6. ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020. p. 189. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992330/>. Acesso em: 09 dez. 2020

respeito, a humanização, a solidariedade e a cooperação entre eles, o que viabilizará o sucesso da guarda compartilhada. [...]¹³⁸

Assim, como apresentado pelo autor, a mediação é um dos meios a serem utilizados pelo poder judiciário com a finalidade de reduzir o litígio. As conclusões de estudos recentes vão no mesmo sentido, com Ferreira apontando a mediação como “[...] um instrumento qualificado para aprimorar a comunicação entre as partes”¹³⁹. Deve-se observar, porém, que a mediação deve ocorrer “de forma multidisciplinar, recorrendo-se a conhecimentos extrajurídicos, notadamente da Psicologia, da Psicanálise, do Serviço Social, da Sociologia etc. [...]”¹⁴⁰.

Os benefícios da mediação no compartilhamento da guarda também são apontados por Fernanda Rocha Lourenço Levy, que aduz ser a mediação “[...] um instrumento adequado e eficaz para a construção do consenso parental, abrindo uma oportunidade de elaboração de escolhas apropriadas para cada caso.”¹⁴¹ e por Flávio Tartuce, que afirma que “[...] a mediação e a orientação psicológica são fundamentais para que essa guarda seja bem compreendida pelos pais e possa resultar em efetivos benefícios para crianças e adolescentes”¹⁴²

São diversos, pois, os meios para o Poder Judiciário solucionar o conflito e aplicar a guarda compartilhada, aparecendo a mediação como um instrumento proeminente. Mais importante que os métodos, porém, é a visão que deve ter o juiz, sempre destinada a atingir esta finalidade. Todavia, se ainda que tentados os métodos adequados, continue a existir conflito, é necessário observar a razão do litígio e da animosidade entre as partes para verificar a aplicação ou não da guarda compartilhada.

Rodrigo da Cunha Pereira aponta que “[...] não querer compartilhar a guarda com o ex-cônjuge ou o ex-companheiro pode ser apenas uma questão de

¹³⁸ ALVES, op. cit., p. 251.

¹³⁹ FERREIRA, Julia Emanuele. **A Mediação Ecológica como forma de resolução de conflitos familiares**. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 51.

¹⁴⁰ ALVES, op. cit. 250-251.

¹⁴¹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda Compartilhada: A mediação como instrumento de construção do consenso parental. In: COLTRO, A. C. M; DELGADO, M. C. **Guarda Compartilhada**. 3. ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 119. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977306/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹⁴² TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. 15. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 322. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989385/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

poder, ou mesmo de uma sutil e grave manifestação de alienação parental”¹⁴³. Deste modo, em se tratando de um litígio oriundo de uma questão de poder, de um ressentimento emocional entre os pais ou de situação análoga, a guarda deverá ser compartilhada ainda que haja animosidade entre os pais. Maria Berenice Dias é assertiva ao dizer que: “As situações de litigiosidade não mais servem de fundamento para impedir a divisão equilibrada da guarda”.¹⁴⁴

Caso esta animosidade venha a prejudicar efetivamente o compartilhamento da guarda e os interesses dos filhos, existe um remédio legislativo efetivo, pois aquele que obstar o compartilhamento da guarda pode ver suas prerrogativas reduzidas, como aponta Flávio Tartuce: “A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, pode implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor [...]”¹⁴⁵, de modo que o genitor prejudicado é apenas aquele que dá causa à animosidade e descumpre as determinações legais.

Uma última nota, porém, é necessária. Quando há prática violência de doméstica, deve, em regra, ser concedida a guarda unilateral ao ofendido¹⁴⁶, até porque configuram-se os motivos graves que autorizam o juiz a não conceder a guarda compartilhada, não se tratando mais de mera animosidade entre as partes, mas de uma situação criminosa que reflete no filho. Passemos, então, a análise dos demais óbices à aplicação da guarda compartilhada.

3.2.2. A residência dos genitores em cidades distintas como óbice à aplicação da guarda compartilhada

Este tipo óbice ao compartilhamento da guarda costuma ser indicado por alguns Tribunais pátrios, que colocam a guarda compartilhada como inviável nesta hipótese. Como se trata de uma construção mais jurisprudencial do que doutrinária, vale verificar a fundamentação de alguns acórdãos que apontam este óbice.

Neste sentido, servem como exemplo o Recurso Especial nº 1.605.477/RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, bem como a Apelação Cível nº 5313697.32.2016.8.09.0069, julgada pelo

¹⁴³ PEREIRA, loc. cit.

¹⁴⁴ DIAS, loc. cit.

¹⁴⁵ TARTUCE, op. cit., p. 322.

¹⁴⁶ MARTINS, A; FUCHS, L.; THAIS, C. A Guarda dos Filhos nos Casos de Violência Doméstica Contra a Mulher. Revista do CAAP, V. 22, n. 01, 2017. p. 10.

Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

O primeiro acórdão está assim ementado:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. LIMITES GEOGRÁFICOS. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. 2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação. 3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes. 4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7 deste Tribunal. 5. Recurso especial não provido.¹⁴⁷

Os fundamentos em que se assentam o Superior Tribunal de Justiça, são, em suma, decisões anteriores da mesma corte e, no caso concreto, a ilação de que “na hipótese, a modificação da rotina das crianças, ou até mesmo a possível alternância de residência, impactaria drasticamente a vida das menores.”. O segundo acórdão, por sua vez, encontra-se ementado da seguinte maneira:

APELAÇÃO CÍVEL. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. GUARDA UNILATERAL DOS FILHOS MENORES. APELO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO VISANDO O ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE FÍSICA NO CASO EM TELA. GENITORES RESIDEM EM CIDADES DISTINTAS. No caso em comento, restou comprovada a inviabilidade da implementação da guarda compartilhada, especialmente porque os genitores dos menores residem em cidades distantes, situação que dificulta o deslocamento das crianças de forma rotineira. Além disso, ambos os genitores concordaram com a deliberação da guarda unilateral, de forma que o pai exercerá o seu direito de visitas regularmente, em atenção ao previsto no artigo 1.589 do Código Civil. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.¹⁴⁸

Os fundamentos do Tribunal de Justiça, por sua vez, são singelos: resumem-se à remissão a decisões anteriores e a constatação de que

¹⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.605.477/RS**. Terceira Turma. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 21 de junho de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862143363/recurso-especial-resp-1605477-rs-2016-0061190-9/inteiro-teor-862143373?ref=serp>. Acesso em: 06. dez. 2020.

¹⁴⁸ GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação Cível nº 5313697.32.2016.8.09.0069**. Sexta Câmara Cível. Relator: Wilson Safatle Faiad. Goiânia, 15 de agosto de 2017. Disponível em: https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=55576672&hash=202446921884163733851990576218639835533&CodigoVerificacao=true. Acesso em: 06. dez. 2020.

[...] no caso em tela, os pais dos menores residem em cidades diferentes (a mãe em Iporá e o pai em Abadia de Goiás), situação que dificulta e inviabiliza a guarda compartilhada, eis que a distância física entre as residências é incompatível com o deslocamento das crianças de forma rotineira”

Como se vê, os tribunais limitam-se a apontar a distância geográfica como um impeditivo para o compartilhamento da guarda, deixando de atentar expressamente para o dispositivo legal que determina, conforme aduz Maria Berenice Dias, que “[...] quando os pais residem em cidades distintas, a base de moradia será a que melhor atende aos interesses dos filhos (CC 1.583 § 3.º)”. A autora afirma, em outra obra, que este dispositivo “[...] Ao falar em “cidade”, parece pressupor que os pais residem em localidades distintas, fato que não impede o regime de compartilhamento.”¹⁴⁹

Indo para além dos fundamentos legislativos, observamos que Rolf Madaleno e Rafael Madaleno distinguem o que chamam de “guarda compartilhada legal” do que chamam de “guarda compartilhada física”, de modo que, para eles, a primeira está associada às responsabilidades conjuntas dos pais em relação aos filhos, como a tocante à tomada de decisões sobre a vida do menor, “sem que isso importe em repartição do tempo de convivência dos progenitores com seus filhos [...]”¹⁵⁰. Deste modo, a guarda compartilhada não necessariamente está adstrita ao compartilhamento igualitário de tempo entre os genitores, sendo viável que o menor mantenha sua rotina no compartilhamento da guarda ainda que seus genitores residam em cidades distintas.

É justamente este o fundamento da Apelação Cível nº SP 1006622-19.2016.8.26.0099, de relatoria do Desembargador Miguel Brandi. Na ocasião, o relator apontou o seguinte:

Esclareço que o simples fato de os genitores residirem em cidades diversas não se mostra como um óbice à adoção da guarda compartilhada, na medida que se trata de um compartilhamento de RESPONSABILIDADE e não única e exclusivamente da presença física do filho.¹⁵¹

¹⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. Guarda compartilhada flexibiliza convivência em benefício do filho. Revista Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-17/maria-berenice-dias-guarda-compartilhada-beneficia-pais-filhos>. Acesso em: 08. dez. 2020.

¹⁵⁰ MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda Compartilhada: Física e Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 173.

¹⁵¹ “AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA – Genitora em face do genitor em relação à filha adolescente – Sentença que julgou a ação procedente em parte, estabelecendo a guarda compartilhada entre ambos os litigantes e o domicílio de referência da menor junto à genitora/apelada – Insurgência do requerido – Alegação de que não teria havido adequada apreciação das provas– Descabimento – Laudo psicossocial que demonstra que a adolescente tem, no momento, maior afinidade com a mãe,

Nesta mesma esteira e por estes mesmos fundamentos vão os escritos de Regina Beatriz Tavares da Silva, que assim conclui:

Desse modo, fatores geográficos não devem e não podem impedir a instituição desta espécie de guarda, cujo único requisito para a sua implementação é a aptidão dos pais para o seu exercício, sob pena de se contrariar o próprio escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole, isto é, deve ser exercido não em benefício de seu titular, mas em benefício de terceiros, os filhos. Assim, estando ambos os pais aptos ao exercício da guarda compartilhada, esta deverá ser fixada pelo juiz, mesmo inexistindo acordo entre os genitores.¹⁵²

Deve-se considerar, ainda, que a tecnologia atual já permite uma célere comunicação entre pessoas que estejam em qualquer parte do planeta, havendo diversas “formas de participação virtual dos pais na vida e nas decisões a vida dos filhos”¹⁵³. Assim, como se vê, a residência dos genitores em cidades distintas não deve obstar a imposição da guarda compartilhada. Admite-se, entretanto, que casuisticamente o compartilhamento da guarda nesta ocasião possa vir a se mostrar inviável, mas isto terá que ficar bem demonstrado especificamente no caso concreto, sem que seja utilizada a mera distância entre as cidades como fundamento para denegar a guarda compartilhada.

3.2.3. A expressão efetiva da guarda compartilhada

Uma vez explicado o conceito de guarda compartilhada e os fundamentos para a aplicação deste instituto no caso concreto, faz-se necessário entender o funcionamento prático deste instituto e a sua efetiva expressão. Para elucidar esta questão, é pertinente a definição teórica apresentada por Rolf Madaleno e Rafael Madaleno em relação ao que chamam de guarda compartilhada legal e guarda compartilhada física:

mas que ambos os pais, a despeito de morarem em cidades diferentes, possuem aptidão para exercer a guarda compartilhada – Ratificação dos fundamentos da sentença – RECURSO DESPROVIDO” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº. 1006622-19.2016.8.26.0099. Sétima Câmara Cível. Relator: Miguel Brandi. São Paulo, 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=13662551>. Acesso em: 06. dez. 2020.

¹⁵² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Guarda Compartilhada pode ser exercida à distância**. Estadão, 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/guarda-compartilhada-pode-ser-exercida-a-distancia/>. Acesso em 09 dez. 2020.

¹⁵³ Ibidem, loc. cit.

A legislação brasileira igualmente contempla as duas modalidades de guarda compartilhada, distinguindo a guarda compartilhada legal, de adoção conjunta dos pais no tocante às decisões sobre os temas mais relevantes da vida dos filhos, compartilhando os genitores o poder familiar, ou pondo em prática real suas responsabilidades parentais, sem que isto importe em repartição igualitária do tempo de convivência dos progenitores com seu filhos, sendo regulada pela Lei 11.698/2008, da guarda compartilhada física da Lei 13.058/2014, pela qual os filhos residem com ambos os progenitores, mediante a divisão equilibrada do tempo de convívio com o pai e com a mãe.¹⁵⁴

Embora seja questionável a afirmação de que a legislação brasileira define dois tipos de guardas distintas, uma vez que os dispositivos do Código Civil definem apenas um tipo de guarda compartilhada, em sua integralidade, a qual recebeu apenas melhor elucidação com a Lei nº. 13.058 e não modificação radical em seus preceitos, fato é que a divisão trazida pelos autores tem relevantes fins teóricos, pois representa adequadamente as divergências doutrinárias em relação à expressão da guarda compartilhada que melhor resguarda os interesses dos menores - discute-se, com frequência, se a guarda compartilhada melhor atende o interesse dos menores quando consiste apenas no compartilhamento das responsabilidades parentais (de modo que seja atribuída ao filho uma residência fixa, junto à mãe ou junto ao pai, conforme for o caso) ou quando também há um equilíbrio no tempo que cada um dos pais despense com a prole, com o filho alternando a residência entre a casa do pai e a casa da mãe.

A posição da doutrina majoritária no Brasil sempre foi pela adoção do que Rolf e Rafael Madaleno chamam de guarda compartilhada jurídica, rechaçando o convívio equilibrado de tempo. Neste sentido, Flávio Tartuce, ao definir o que chama de guarda alternada¹⁵⁵ (um equivalente, na prática, ao que Rolf e Rafael Madaleno chamam de guarda compartilhada física), tece fortes críticas ao modelo de alternância de residências, aduzindo que

[...] o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de

¹⁵⁴ MADALENO, R.; MADALENO, R., loc. cit.

¹⁵⁵ As concepções de Guarda Alternada variam de acordo com os doutrinadores, pois para alguns ela caracterizaria a alternância temporal de uma guarda unilateral entre os pais, e para outros esta seria uma modalidade de compartilhamento da guarda com alternância de residência. Prevalece, em regra, a definição trazida por Dimas de Carvalho: "Na guarda alternada, a autoridade parental é exercida exclusivamente durante o período no qual o guardião possui a guarda física [...] Trata-se, na realidade, de uma espécie de guarda unilateral exercida por períodos alternados entre os pais, sem cooperação". CARVALHO, op. cit., p. 517-518.

exemplo, o filho permanece de segunda a quarta-feira com o pai e de quinta-feira a domingo com a mãe. Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com tom didático, pode-se dizer que essa é a *guarda pingue-pongue*, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos interruptos. Alguns a denominam como a *guarda do mochileiro*, pois o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir à outra casa. O presente autor entende que é altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, eis que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna. Por isso, reafirme-se às críticas à nova *Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória*, que parece confundir a guarda compartilhada com a presente modalidade. [...] ¹⁵⁶

O autor demonstra-se, ainda, favorável ao compartilhamento do que Rolf e Rafael Madaleno chamam de guarda compartilhada jurídica, pois ao definir guarda compartilhada afirma ser

[...] hipótese em que pai e mãe dividem as atribuições relacionadas ao filho, que irá conviver com ambos, sendo essa sua grande vantagem. Ilustrando, o filho tem apenas um lar, convivendo sempre que possível com os seus pais, que estão sempre presentes na vida cotidiana do filho. Essa forma de guarda é a mais recomendável [...]. ¹⁵⁷

Independentemente da distinção nominal realizada (se guarda alternada ou se guarda compartilhada física, e assim por diante), fato é que tanto na obra de Rolf Madaleno, quanto na obra de Flávio Tartuce, são fortes as críticas tecidas ao modelo de compartilhamento da guarda. Rolf Madaleno demonstra ser contra a repartição igualitária de tempo:

Dividindo os pais a sua responsabilidade parental em exercício efetivo do poder familiar, indiferente à mera repartição do tempo, que nem sempre é saudável tampouco se constitui na melhor opção para os filhos, pois nela os pais priorizam seus interesses particulares e os filhos servem muito mais como instrumentos de suas dissensões. ¹⁵⁸

Arnaldo Rizzardo também expõe críticas ao compartilhamento equilibrado de tempo entre os genitores

[...] o revezamento de permanência em períodos ora na casa da mãe, ora na casa do pai, sofre a crítica dos autores, eis que necessidade básica de qualquer cidadão é ter um lar ou moradia fixa. Do contrário, a instabilidade e a insegurança tendem a aumentar, além de possíveis conflitos na orientação e formação, dados os critérios e conceitos educacionais diferentes dos pais. Isto, porém, não afasta certa maleabilidade nos contatos, que devem ser constantes.

¹⁵⁶ TARTUCE, op. cit., p. 323.

¹⁵⁷ Ibidem, loc. cit.

¹⁵⁸ MADALENO, op. cit., p. 459.

Além destes autores, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior aduzem que os filhos devem ser mantidos em uma única residência¹⁵⁹. São diversos os autores que manifestam contrariedade à alternância de residências e à divisão similar de tempo entre os pais, ainda que outorguem nomes distintos a este modelo.

Compilando os argumentos apresentados pelos autores supracitados, vê-se que os argumentos contrários à divisão equilibrada de tempo e à alternância de residência centram-se na instabilidade que a alternância de residências causaria aos menores, os possíveis conflitos na educação dos filhos, a suposta priorização dos interesses particulares dos pais e na perda da referência pelas crianças. Por estes argumentos, prevalece na doutrina e na jurisprudência nacional uma posição pela necessidade de fixação de uma residência de referência quando da fixação da guarda compartilhada.

Todavia, a corrente doutrinária oposta, ainda que minoritária, mostra-se relevante. Rodrigo da Cunha Pereira posiciona-se favorável à convivência equilibrada e à alternância de residência, afirmando que:

Os filhos podem ter duas casas. Crianças são adaptáveis e maleáveis e se ajustam a novos horários, desde que não sejam disputadas continuamente e privadas de seus pais. O discurso de que as crianças/adolescentes ficam sem referência, se tiverem duas casas, precisa ser revisto, assim como as mães deveriam deixar de se expressarem que “deixam” o pai ver e conviver com o filho. Ao contrário do discurso psicologizante estabelecido no meio jurídico, e que reforça a supremacia materna, o fato de a criança ter dois lares pode ajudá-la a entender que a separação dos pais não tem nada a ver com ela. As crianças são perfeitamente adaptáveis a essa situação, a uma nova rotina de duas casas, e sabem perceber as diferenças de comportamento de cada um dos pais, e isso afasta o medo de exclusão que poderia sentir por um deles. Se se pensar, verdadeiramente, em uma boa criação e educação, os pais compartilharão o cotidiano dos filhos e os farão perceber e sentir que dois lares são melhores do que um.¹⁶⁰

O autor reforça suas alegações afirmando que a referência das crianças e dos adolescentes são os seus pais¹⁶¹ e que apenas com a divisão equilibrada de tempo é que “estará implementada a verdadeira cultura da guarda compartilhada.”¹⁶². Mário Luiz Delgado comunga de entendimento idêntico, pois para ele “[...] a guarda

¹⁵⁹ ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR; op. cit, p. 468.

¹⁶⁰ PEREIRA, op. cit., p. 401.

¹⁶¹ Ibidem, loc. cit.

¹⁶² Ibidem, p. 402.

compartilhada, com o exercício conjunto por ambos os pais dos deveres parentais, demanda, inevitavelmente, a custódia física conjunta igualitária¹⁶³. O autor apresenta outros argumentos favoráveis à alternância de residência:

A divisão isonômica do tempo assegura o envolvimento de ambos os pais em importantes aspectos (e verdadeiros rituais) da rotina diária dos filhos, incluindo o “pôr para dormir”, o “acordar”, o “levar e buscar na escola” e tudo o mais de que os pais não residentes ficam privados.¹⁶⁴

O discurso apresentado entre as duas correntes parece irreconciliável, ao menos a princípio, dado que de um lado considera-se a alternância de residência como extremamente prejudicial ao menor e, de outro, considera-se que esta alternância é importantíssima para a efetivação da guarda compartilhada.

Alguns pontos precisam de melhor digressão para uma análise adequada destes posicionamentos, dado que se trata de uma questão que invoca fundamentos sociológicos e sanitários antes mesmo dos fundamentos jurídicos propriamente ditos, até mesmo porque a legislação específica que o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre a mãe e o pai (como se citou anteriormente), de tal sorte que a Lei 13.058/2014 foi inclusive chamada de Lei da Igualdade Parental.¹⁶⁵

Em relação aos fundamentos baseados na psicologia e nas áreas de saúde, de modo geral, tem-se que não existem muitas pesquisas no Brasil sobre a fixação de duas residências¹⁶⁶. Neste sentido, recorrendo à literatura internacional, temos estudos robustos, incluindo uma meta-análise realizada por Robert Bauserman, onde se chegou à seguinte conclusão:

Baseado nesses resultados, crianças em guarda compartilhada estão melhores posicionadas do que crianças em guarda unilateral (primordialmente materna), qualquer que seja o ajustamento da guarda. A diferença é encontrada tanto na guarda compartilhada legal quanto na guarda compartilhada física, permanecendo significativa mesmo quando testadas várias categorias [...]. Estes dados são consistentes com a hipótese de que a guarda compartilhada pode ser benéfica para as crianças em uma ampla variedade de aspectos familiares, emocionais,

¹⁶³ DELGADO, Mário Luis. **Guarda alternada ou guarda compartilhada com duas residências?** Revista Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-23/processo-familiar-guarda-alternada-ou-guarda-compartilhada-duas-residencias>. Acesso em 10 dez. 2020.

¹⁶⁴ Ibidem, loc. cit.

¹⁶⁵ DIAS, op. cit., p. 528.

¹⁶⁶ DELGADO, loc. cit.

comportamentais e acadêmicos.¹⁶⁷ (tradução nossa)¹⁶⁸

Em outra meta-análise, realizada no Brasil (com o uso de dados internacionais) por Dario Palhares, Íris Almeida dos Santos e Magaly Abreu de Andrade Palhares de Melo, estudaram-se os efeitos da guarda compartilhada com convivência equilibrada na saúde pública, chegando a afirmação de que o compartilhamento da guarda “[...] protege os filhos do conflito conjugal, na medida em que o convívio parental equilibrado está relacionado à adoção de uma postura de neutralidade.”¹⁶⁹. Estes autores, citando Baude et. al, ainda afirmam que:

na metanálise de Baude et al.,(21) a qual representou um tamanho amostral de cerca de 36 mil crianças, apontou que os regimes de convívio tipo 50%/50% ou 60%/40% apresentam desfechos em saúde pública significativamente melhores do que os regimes de 70%/30% ou 65%/35%.¹⁷⁰

Ou seja, quanto maior o equilíbrio na convivência paterno-filial, mais satisfatórios os resultados em termos de saúde. Os resultados da literatura realizada nas áreas da saúde, de modo geral, tendem a demonstrar que, conforme dito por Delgado, não haveriam comprovações de que a alternância de residência traria prejuízos aos menores¹⁷¹, ocorrendo, na verdade, o contrário. Deste modo, como mencionam Melo, Santos e Palhares:

Apesar da consolidação do conhecimento científico-epidemiológico e das leis em favor, o sistema judiciário tem atuado como um primeiro obstáculo para a guarda compartilhada. No Brasil, as decisões dos tribunais de segunda instância não têm favorecido a regra da guarda compartilhada, com base em argumentos já refutados cientificamente [...]¹⁷²

¹⁶⁷ BAUSERMAN, Robert. Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review. **Journal of Family Psychology**, v. 16, nº1, 2002, p. 97-98. Disponível em: <https://www.apa.org/pubs/journals/releases/fam-16191.pdf>. Acesso em 10 dez. 2020.

¹⁶⁸ Original: Based on these results, children in joint custody are better adjusted, across multiple types of measures, than children in sole (primarily maternal) custody. This difference is found with both joint legal and joint physical custody and appears robust, remaining significant even when testing various categorical and continuous qualities [...] This finding is consistent with the hypothesis that joint custody can be beneficial to children in a wide range of family, emotional, behavioral, and academic domains.

¹⁶⁹ MELO, M. A. A. P.; PALHARES, D.; SANTOS, I. A.; Impactos do divórcio e da guarda compartilhada na saúde e no bem-estar das famílias. **Revista da Sociedade Brasileira de Clínica Médica**, v. 16, n. 3, jul/set. 2018. p. 192.

¹⁷⁰ Baude A, Pearson J, Drapeau S. Child adjustment in joint physical custody versus sole custody: a meta-analytic review. *Journal of Divorce and Remarriage*. p. 338-360.2016, citados por MELO, M. A. A. P.; PALHARES, D.; SANTOS, I. A, op. cit., p. 192.

¹⁷¹ DELGADO, loc. cit.

¹⁷² MELO; PALHARES; SANTOS, op. cit., p. 193.

Assim, os supostos danos psicológicos invocados para argumentar de forma contrária à distribuição do convívio equilibrado entre os pais aparentemente não subsistem aos argumentos da literatura médica. Porém, faz-se fundamental que sejam realizadas pesquisas em âmbito nacional, dado que a literatura estrangeira nem sempre reflete a realidade brasileira.

É necessário verificar, ainda, que embora as pesquisas trazidas ao trabalho façam uma meta-análise dos dados disponíveis, as implicações da alternância de residência em cada faixa etária precisam de maior elucidação, uma vez que ao falar de guarda estamos falando tanto de crianças em idade pré-escolar quanto de adolescentes de 17 anos, se mostrando desarrazoado propor uma solução geral para todas as faixas etárias.

De todo modo, não existem indicativos de que haveria uma “epidemia” de problemas psicológicos infantis causados pelo compartilhamento da guarda com distribuição igualitária de tempo, o que transmite a ideia de que as razões para que não seja deferido o convívio equilibrado de tempo parecem adquirir um contorno mais sociológico do que propriamente de saúde, porquanto aparentemente decorrente da supracitada corrente da primazia da guarda materna, que ainda ronda o imaginário jurídico nacional. Sobre o assunto, pertinentes as observações de Rodrigo da Cunha Pereira:

Assim como o patriarcalismo se estruturou na suposta superioridade masculina para engendrar as estruturas de poder, a guarda de filhos está calcada na suposta superioridade da mulher para criar filhos [...]. O movimento feminista já quebrou a suposta superioridade masculina, a mulher teve acesso ao mercado de trabalho (embora ainda com certas desvantagens), e já se sabe que homens e mulheres têm a mesma capacidade para criar e educar filhos.¹⁷³

Parece-nos, à primeira vista, que o modelo de alternância de lares assume uma posição proeminente, porquanto melhor adequado à realidade sanitária e sociológica, bem como recepcionado de maneira adequada pela legislação em vigor. Todavia, mesmo com todos estes aspectos observados, o tema não permite uma conclusão enfática em favor do modelo de alternância de residência, dado que os dados não são definitivos e que, tratando de direito de família, a análise casuística é imprescindível. Giselle Groeninga trata do assunto:

¹⁷³ PEREIRA, op. cit., p. 403.

Observe-se que as necessidades de cada criança ou adolescente variam de acordo com a idade, maturidade e contexto, como também variam as possibilidades de cada genitor, sendo diversas as formas quanto ao exercício da parentalidade. Não se deve esquecer que, assim como se busca atualmente contemplar uma série de composições familiares, também são diversos os modelos parentais, e que estes podem se modificar ao longo do tempo, de acordo com interesses e necessidades diversas. Ademais há pais e mães que participam mais do cotidiano, há outros que participam menos diretamente, o que não os faz pais piores ou melhores.¹⁷⁴

Assim, diversas são as situações que podem obstar o convívio equilibrado entre os genitores na guarda compartilhada, como a residência em cidades distintas, hipótese em que deverá haver uma cidade base de moradia¹⁷⁵, ou a condição de lactente da criança, fase na qual a criança depende da mãe para se alimentar. Nos demais casos, os recursos interdisciplinares previstos no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente devem estar à disposição do juízo para que profira a decisão que melhor atende ao interesse dos menores, tendo em vista a complexidade que envolve o assunto.

¹⁷⁴ GROENINGA, Giselle Câmara. **Guarda Compartilhada e Relacionamento Familiar – Algumas Reflexões Necessárias.** IBDFAM, 2014. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/996/Guarda+Compartilhada+e+Relacionamento+Familiar+%E2%80%93+Algumas+Reflex%C3%B5es+Necess%C3%A1rias+>. Acesso em 09 dez. 2020.

¹⁷⁵ NADER, op. cit., p. 287.

4. CONCLUSÃO

A análise das relações familiares do Brasil no século XX evidencia que o percurso foi longo até que os menores de idade tivessem seus direitos respaldados pela legislação. Por muito tempo, os filhos estiveram ao arbítrio das atitudes maternas e paternas e seus direitos estavam condicionados a questões totalmente alheias aos seus interesses – seja quando da fixação da guarda com o cônjuge inocente, seja quando ao filho nascido era negada a paternidade por questões jurídicas.

Aos poucos o discurso oficial e a legislação evoluíram. O novo paradigma constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002 e suas sucessivas reformas em relação à guarda: tudo isto, pouco a pouco, colaborou para transformar o paradigma do direito de família brasileiro naquilo que é relativo à proteção da pessoa dos filhos. Hoje o discurso é uníssono: deve-se observar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Todavia, para que realmente os interesses dos menores sejam resguardados da melhor forma possível, o caminho a ser percorrido na atualidade ainda é longo. A guarda compartilhada, modalidade que melhor atende ao interesse dos filhos, a despeito de ser impositiva na legislação há ao menos cinco anos, ainda não convenceu a doutrina brasileira de sua efetividade nos casos de dissensos entre os pais.

Tampouco estão os tribunais e os juristas pátrios abertos à sua mais verdadeira expressão, demonstrando um verdadeiro e inexplicável receio em distribuir de forma equilibrada o tempo que a criança passa com o pai e com a mãe. Se outrora a legislação brasileira demonstrava-se insuficiente para atender ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes, agora, apesar da legislação se mostrar suficiente, vemos uma resistência injustificada dos juristas em aplicá-la.

Concluimos, então, que é ainda necessário compreender e aceitar que os filhos, em regra, melhor se desenvolverão na presença verdadeira de ambos os pais, ainda que estes estejam litigando com animosidade. Não podemos olvidar que deve o Poder Judiciário buscar soluções ativas para diminuir estes litígios nos casos concretos, fazendo uso de todos os instrumentos legais que se mostrem razoáveis, à exemplo da mediação. Este pensamento orientado ao compartilhamento (efetivo) da guarda e à redução do litígio deve estar no norte de todas as decisões, o que não

significa que sempre deve ser determinado o compartilhamento da guarda ou que este compartilhamento deve implicar em uma divisão exata do tempo que o filho passará com a mãe e com o pai. Significa tão somente que o compartilhamento (verdadeiro) da guarda não pode ser descartado sem razoável justificativa, como tem ocorrido no cenário atual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A nova roupagem da Guarda Compartilhada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 104, v. 957, p. 21-36, jul/2015.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei no 11.698/08: **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 13, p. 235-258, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://dejure.mpmg.mp.br/index.php/dejure/article/view/106/15>. Acesso em: 07 dezembro 2020.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522489916/>. Acesso em: 08 dez. 2020.

BARBOZA, Heloisa Helena. O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. In: CUNHA, Rodrigo Pereira (coord.). **A Família na Travessia do Milênio**: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 201-213.

BAUSERMAN, Robert. Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review. **Journal of Family Psychology**, v. 16, nº1, p. 91-102, 2002. Disponível em: <https://www.apa.org/pubs/journals/releases/fam-16191.pdf>. Acesso em 10 dez. 2020.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181impressao.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

BRASIL. Decreto nº. 3.200, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 19 abr. 1941. Seção 1, p. 7736. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm. Acesso em: 28. nov. 2020.

BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Seção 1, p. 133. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 28 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Seção 1, p. 17953. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm. Acesso em: 01 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº. 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 out. 1979. Seção 1, p. 14945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm. Acesso em 28. nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Seção 1, p. 13563.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, n. 8, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1-74. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 17.689** - Rio de Janeiro. Relator: Hahnemann Guimarães. Rio de Janeiro, 20 de outubro de 1953. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=119314>. Acesso em 28. nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 25.951** - Pernambuco. Relator: Luis Gallotti. Distrito Federal, 05 de maio de 1955. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=127053>. Acesso em 28. nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário nº 1.251.000/MG**. Terceira Turma. Relatora: Nancy Andrighi. Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21086250/recurso-especial-resp-1251000-mg-2011-0084897-5-stj>. Acesso em: 06. dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.605.477/RS**. Terceira Turma. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, 21 de junho de 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862143363/recurso-especial-resp-1605477-rs-2016-0061190-9/inteiro-teor-862143373?ref=serp>. Acesso em: 06. dez. 2020.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da Guarda Compartilhada em Oposição à Guarda Unilateral**, p. 12. Disponível em: http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_claudete_guarda.pdf. Acesso em: 04 dez. 2020.

CARCERERI, Pedro Augusto Lemos. Aspectos destacados da guarda de filhos no Brasil. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 5, n. 46, 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/526>. Acesso em: 6 dez. 2020.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 516. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601073/>. Acesso em: 08 dez. 2020.

CHAGAS, Isabela Pessanha. Breves reflexões sobre o instituto da guarda. In: **Família do Século XXI: Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 62-82.

DELGADO, Mário Luis. **Guarda alternada ou guarda compartilhada com duas residências?** Revista Consultor Jurídico, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-23/processo-familiar-guarda-alternada-ou-guarda-compartilhada-duas-residencias>. Acesso em 10 dez. 2020.

DIAS, Maria Berenice. Guarda compartilhada flexibiliza convivência em benefício do filho. **Revista Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-17/maria-berenice-dias-guarda-compartilhada-beneficia-pais-filhos>. Acesso em: 08. dez. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2008.

DÓI, C. T.; FERREIRA, L. A. M. **A Proteção Integral das Crianças e dos Adolescentes Vítimas (Comentários ao art. 143 do ECA)**. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1222.html>. Acesso em: 01 dez. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. Famílias – Entre o Público e o Privado. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família: Entre o Público e o Privado**. Porto Alegre: Magister, 2012. p. 158-169.

FARIA, R. M.; SÃO JOSÉ, F. M; POLI, L. M. Análise de alguns dos principais princípios constitucionais norteadores dos direitos da criança e do adolescente. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 21, n. 41, p. 113-151, 2018.

FERREIRA, Julia Emanuele. **A Mediação Ecológica como forma de resolução de conflitos familiares**. p. 56. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

FIUZA, Ricardo. **Relatório Geral: Comissão Especial do Código Civil**. vol. 1, p. 419. Disponível em https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/esp/CEPL634_parecer%20do%20relator.pdf. Acesso em: 06 dez. 2020.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal**. 48 ed. Recife: Global Editora, 2003.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Apelação Cível nº 5313697.32.2016.8.09.0069**. Sexta Câmara Cível. Relator: Wilson Safatle Faiad. Goiânia, 15 de agosto de 2017. Disponível em: https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=55576672&hash=202446921884163733851990576218639835533&CodigoVerificacao=true. Acesso em: 06. dez. 2020.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito à convivência entre pais e filhos**: análise interdisciplinar com vistas à eficácia e sensibilização de suas relações no poder judiciário. p. 260. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Guarda Compartilhada e Relacionamento Familiar – Algumas Reflexões Necessárias**. IBDFAM, 2014. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/996/Guarda+Compartilhada+e+Relacionamento+Familiar+%E2%80%93+Algumas+Reflex%C3%B5es+Necess%C3%A1rias>. Acesso em 09 dez. 2020.

IBGE. **Estatísticas do Registro Civil 2018**. v. 45. Rio de Janeiro, 2019, p. 6. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2018_v45_informativo.pdf. Acesso em 06. dez. 2020.

IBGE. **Recenseamento geral de 1940**. v. 2: censo demográfico: população e habitação. Rio de Janeiro: IBGE, 1950.

LEITE, Aline Ferreira Dias. **Primazia da guarda materna**: a guarda compartilhada como alternativa de mudança. p. 192. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

LEONE, E. T.; MAIA, A. G.; BALTAR, P. E. Mudanças na composição das famílias e impactos sobre a redução da pobreza no Brasil. **Econ. soc., Campinas**, v. 19, n. 1, p. 59-77, abr. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-06182010000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 dez. 2020.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. Guarda Compartilhada: A mediação como instrumento de construção do consenso parental. In: COLTRO, A. C. M; DELGADO, M. C. **Guarda Compartilhada**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 107-121. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977306/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

LOUREIRO, Alexandre. **A Guarda Compartilhada**: Solução à Alienação Parental. p. 117. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

LUCCHESI, Mafalda. Filhos – Evolução até a plena igualdade jurídica. In: **10 anos do Código Civil**: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos. v. 1. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. p. 231-238.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987961/>. Acesso em: 08 dez. 2020.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Rafael. **Guarda Compartilhada: Física e Jurídica**. 2. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.

MARTINS, A; FUCHS, L.; THAIS, C. A Guarda dos Filhos nos Casos de Violência Doméstica Contra a Mulher. **Revista do CAAP**, V. 22, n. 01, p. 02-18, 2017.

MELO, M. A. A. P.; PALHARES, D.; SANTOS, I. A.; Impactos do divórcio e da guarda compartilhada na saúde e no bem-estar das famílias. **Revista da Sociedade Brasileira de Clínica Médica**, v. 16, n. 3, p. 190-194, jul./set. 2018. Disponível em: <http://www.sbcm.org.br/ojs3/index.php/rsbcm/article/view/367/329>. Acesso em 07 dez. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0000.00.163703-2/000**. Primeira Câmara Cível. Relator: Orlando Carvalho. Belo Horizonte, 16 de novembro de 1999. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.00.163703-2%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 28. nov. 2020.

MONTEMEZZO, Francielle Pasternak. **O reconhecimento da família homossexual no ordenamento jurídico brasileiro**. p. 82. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 293. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530968687/>. Acesso em: 08 dez. 2020.

OLIVEIRA, Ligia Ziggotti de. **(Con)formação da(s) identidade(s) da mulher no direito das famílias contemporâneo**: perspectivas feministas sobre o individual e o relacional em família. p. 141. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

PEREIRA, Jacqueline Lopes. **A família solidária no quadro contemporâneo da pluralidade de entidades familiares**. p. 77. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Pai, por que me abandonaste?**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/41/Pai%2C+por+que+me+abandonaste%3F>. Acesso em: 04 dez. 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família**. v. 1. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha Albuquerque. **Guarda compartilhada**: de acordo

com a Lei nº 11.698/08. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. p. 194. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 00052448619928190000** (originalmente nº 5.013/92). Oitava Câmara Cível. Relator: Gabriel Curcio da Fonseca. Rio de Janeiro, 22 de junho de 1993. Disponível em:
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003EEBB81CEBB5B2CE89DBB607105AE5F310BC402463D12>. Acesso em 28. nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 35.282**. Quarta Câmara Cível. Relator: Oscar Gomes Nunes. Porto Alegre, 18 de junho de 1980. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5146166/apelacao-civel-ac-35282-rs-tjrs?ref=serp>. Acesso em: 28. nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 591021829**. Oitava Câmara Cível. Relator: Gilberto Niederauer Corrêa. Porto Alegre, 26 de maio de 1991. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5420837/apelacao-civel-ac-591021829-rs-tjrs?ref=serp>. Acesso em 28. nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 591059530**. Oitava Câmara Cível. Relator: João Pedro Rodrigues Reis. Porto Alegre, 26 de setembro de 1991. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8857588/agravo-de-instrumento-ag-591059530-rs-tjrs>. Acesso em 28. nov. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em:
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983062/>. Acesso em: 08 dez. 2020.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas**: Da unidade codificada à pluralidade constitucional. p. 197. Dissertação (mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

RUZYK, C. E. P; BONFIM, M. A. B. Uma análise do Recurso Extraordinário nº 878.694 à luz do direito fundamental à liberdade: qual espaço para a autodeterminação nas relações familiares? **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 22, p. 141-178, out./dez. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº. 1006622-19.2016.8.26.0099**. Sétima Câmara Cível. Relator: Miguel Brandi. São Paulo, 18 de junho de 2020. Disponível em:
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=13662551>. Acesso em: 06. dez. 2020.

SILVA, Maria Conceição da. Catolicismo e casamento civil na Cidade de Goiás: conflitos políticos e religiosos (1860-1920). **Revista Brasileira de História**, São Paulo. vol. 23, núm. 46, p. 123-146, 2003.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Guarda Compartilhada na Legislação Vigente e Projetada. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 29, 239 - 249, Jan - Jun/2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Guarda Compartilhada pode ser exercida à distância**. Estadão, 2016. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/guarda-compartilhada-pode-ser-exercida-a-distancia/>. Acesso em 09 dez. 2020.

SZANIAWSKI, Elimar. **Diálogos com o direito de filiação brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 6. ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992330/>. Acesso em: 09 dez. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 15. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 322. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989385/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.